O livro está completamente atualizado com referências a todas as leis que alteraram a legislação processual, inclusive a Lei dos recursos especiais repetitivos (Lei 11.672/2008).

Gostaria de realçar as profundas alterações feitas no capítulo sobre princípios, com a inclusão do item sobre o princípio da boa-fé processual e o desenvolvimento do chamado "neoprocessualismo". Significativas alterações foram feitas, também, nos capítulos sobre teoria da ação (aprimoramento do item sobre a teoria da asserção), competência (referência a novas decisões a respeito) e resposta do réu, com a inclusão de novos itens.

EDITORA PODIVM

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

ISBN 857761163-9
9 788577 611638

EDITORA PODIVM

1

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

FREDIE DIDIER JR.

11ª edição

FREDIE DIDIER JR.

CURSO DE DIREITO

PROCESSUAL CIVIL

TEORIA GERAL DO PROCESSO E PROCESSO DE CONHECIMENTO

Revista, ampliada e atualizada de acordo com a EC/45, o Código Civil, as súmulas do STF, STJ e TFR e as Leis Federais n. 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06, 11.280/06, 11.340/06, 11.382/06, 11.417/06, 11.418/06, 11.419/06, 11.441/07 e 11.672/08.

EDITORA PODIVM

11ª edição

volume 1

FREDIE DIDIER JR.

Professor-adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Professor-coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito. Professor dos cursos *Jus*PODIVM e LFG – Sistema de Ensino Telepresencial. Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Teoria geral do processo e processo de conhecimento

VOLUME 1

11ª edição

Revista, ampliada e atualizada de acordo com a EC/45, o Código Civil, as súmulas do STF, STJ e TFR e as Leis Federais n. 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06, 11.280/06, 11.340/06, 11.382/06, 11.417/06, 11.418/06, 11.419/06, 11.441/07 e 11.672/08.

2009

EDITORA JUSPODIVM

Capa: Carlos Rio Branco Batalha
Diagramação: Maitê Coelho
maitescoelho@yahoo.com.br

Conselho Editorial
Dirley da Cunha Jr.
Fredie Didier Jr.
Gamil Föppel El Hireche
José Marcelo Vigliar
Leonardo de Medeiros Garcia
Marcos Ehrhardt Jr.
Nestor Távora
Robério Nunes Filho
Rodolfo Pamplona Filho
Rodrigo Reis Mazzei
Rogério Sanches Cunha

Todos os direitos desta edição reservados à Edições *Jus*PODIVM.

Copyright: Edições *Jus*PODIVM
É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições *Jus*PODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

EDITORA
*Jus*PODIVM

Av. Octávio Mangabeira, 7709, Corsário Center, Sala B5
Boca do Rio, CEP. 41.706-690 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050
E-mail: livros@editorajuspodivm.com.br
Site: www.editorajuspodivm.com.br

"Todo pasa y todo queda,
pero lo nuestro es pasar,
pasar haciendo caminos,
caminos sobre el mar.
(...)
Caminante, son tus huellas
el camino y nada más;
caminante, no hay camino,
se hace camino al andar.
Al andar se hace camino
y al volver la vista atrás
se ve la senda que nunca
se ha de volver a pisar.
Caminante no hay camino
sino estelas en la mar..."

(Cantares, Antonio Machado, 1875-1939)

SUMÁRIO

Nota do autor à décima primeira edição 19

Introdução 21

Capítulo I
PRINCÍPIOS DO PROCESSO 25
1. Processo e direitos fundamentais 25
2. Outros princípios 28
3. Direito fundamental a um processo devido (devido processo legal) 29
   3.1. Generalidades 29
   3.2. Devido processo legal aplicado ao âmbito das relações privadas 29
   3.3. Devido processo legal em sentido material (*substantive due process*). O princípio da proporcionalidade 32
   3.4. Devido processo legal em sentido formal 38
4. Direito fundamental à efetividade (à tutela executiva) ou máxima da maior coincidência possível 39
5. Princípios da adequação e da adaptabilidade do procedimento 40
6. Princípio da boa fé processual 45
7. Princípio da cooperação 50
8. Direito fundamental a um processo sem dilações indevidas 53
9. Direito fundamental à igualdade 55
10. Direito fundamental à participação em contraditório 56
11. Direito fundamental à amplitude da defesa 62
12. Princípios dispositivo/inquisitivo 62
13. Princípio da instrumentalidade 64
14. Direito fundamental à publicidade 65

Capítulo II
JURISDIÇÃO 67
1. Conceito e características da jurisdição 67
   1.1. Conceito 67
   1.2. Decisão por terceiro imparcial – heterocomposição 68
   1.3. A jurisdição como manifestação do Poder 70
   1.4. A jurisdição como atividade criativa 70
   1.5. Jurisdição como técnica de tutela de direitos mediante um processo 74
   1.6. A jurisdição sempre atua em uma situação jurídica concreta 75
   1.7. Impossibilidade de *controle externo* da atividade jurisdicional 75
   1.8. Aptidão para a coisa julgada material 76
2. Equivalentes jurisdicionais 76
   2.1. Generalidades 76
   2.2. Autotutela 77
   2.3. Autocomposição 77
   2.4. Mediação 78
   2.5. Julgamento de conflitos por tribunal administrativo (solução estatal não-jurisdicional de conflitos) 79

3. Arbitragem 82
4. Princípios inerentes à jurisdição 85
4.1. Investidura 85
4.2. Territorialidade 86
4.3. Indelegabilidade 86
4.4. Inevitabilidade 88
4.5. Direito fundamental à inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário 88
4.6. Juiz natural 91
5. A jurisdição voluntária 94
5.1. Generalidades 94
5.2. Classificação dos procedimentos de jurisdição voluntária de Leonardo Greco 98
5.3. A jurisdição voluntária como administração pública de interesses privados 99
5.4. A jurisdição voluntária como atividade jurisdicional 99

Capítulo III
COMPETÊNCIA 105
1. Conceito e considerações gerais 105
2. Distribuição da competência 106
3. Princípios da tipicidade e da indisponibilidade da competência 106
4. A perpetuação da jurisdição 107
5. Competência por distribuição 110
6. Classificação da competência 111
6.1. Competência do foro (territorial) e competência do juízo 111
6.2. Competência originária e derivada 111
6.3. Incompetência relativa x Incompetência absoluta 111
7. Competência constitucional 114
8. Competência internacional 115
8.1. Considerações gerais 115
8.2. Competência internacional concorrente ou cumulativa (art. 88, CPC) 117
8.3. Competência internacional exclusiva (art. 89, CPC) 117
8.4. Competência concorrente e litispendência (art. 90, CPC) 118
9. Métodos para identificar o juízo competente 118
10. Critérios determinativos de distribuição da competência 119
10.1. Consideração introdutória 119
10.2. Objetivo: em razão da matéria, em razão da pessoa e em razão do valor da causa 119
10.3. Territorial 121
10.4. Funcional 121
10.4.1. Generalidades 121
10.4.2. Competência funcional x Competência territorial absoluta 122
10.4.3. A competência funcional pela vinculação do juiz ao processo – o princípio da identidade física do juiz (art. 132, CPC) 123
11. Principais regras de competência territorial 125
12. Modificações da competência 131
12.1. Generalidades 131
12.2. Não-oposição da exceção de incompetência 131
12.3. Foro de eleição (art. 111, CPC) 132
12.3.1. Generalidades 132

12.3.2. Invalidade de cláusula de foro de eleição e remessa dos autos ao juízo competente (art. 112, par. ún., CPC). Nova hipótese de prorrogação da competência (art. 114 do CPC) 133
12.4. Conexão e continência 136
12.4.1. Considerações gerais sobre a conexão. Conceitos legais de conexão e continência. Insuficiência do conceito legal. A conexão por prejudicialidade ou por preliminaridade 136
12.4.2. Conexão na instância recursal 141
12.4.3. Forma de alegação 141
12.4.4. Distinção entre a alegação de modificação de competência e a alegação de incompetência relativa 142
12.4.5. A conexão em causas coletivas pode importar modificação da competência absoluta 143
12.4.6. Possibilidade de reunião de causas conexas, sendo uma de conhecimento e a outra de execução 144
12.4.7. Conexão por afinidade. Um novo modelo de conexão para o julgamento de causas repetitivas 147
12.5. Prevenção 148
12.6. Outras regras de modificação da competência 148
13. Conflito de competência 149
13.1. Conceito 149
13.2. Legitimidade e participação do Ministério Público 150
13.3. Competência 150
13.4. Procedimento 151
14. Competência da Justiça Federal 152
14.1. Características 152
14.2. Competência dos juízes federais em razão da pessoa 152
14.2.1. Causas do art. 109, I, CF/88 152
14.2.2. Causas do art. 109, II, CF/88 158
14.2.3. Causas do art. 109, VIII, CF/88 159
14.3. Competência funcional: art. 109, X, segunda parte 160
14.4. Competência da Justiça Federal em razão da matéria 161
14.4.1. Causas do art. 109, III, CF/88 161
14.4.2. Causas do art. 109, V-A: grave violação a direitos humanos 162
14.4.3. Causas do art. 109, XI, CF/88: disputa sobre direitos indígenas 165
14.4.4. Causas referentes à nacionalidade e à naturalização: art. 109, X, fine 165
14.5. Competência territorial da Justiça Federal 166
14.5.1. Considerações gerais 166
14.5.2. CF/88, art. 109, §3º: juízo estadual com competência federal 167
14.6. Competência do Tribunal Regional Federal (art. 108 da CF/88) 171

Capítulo IV
TEORIA DA AÇÃO 175
1. Acepções do vocábulo "ação" 175
2. A demanda e a relação jurídica substancial 177
3. Elementos da "ação" 178
3.1. Causa de pedir e pedido 178
3.2. Partes 178

4. Condições da "ação" 179
4.1. Generalidades 179
4.2. Momento de verificação das condições da ação. Notas sobre a teoria da asserção 181
4.3. A possibilidade jurídica do pedido 184
4.4. A legitimidade para agir em juízo 185
4.4.1. Noção 185
4.4.2. Classificação 187
4.4.3. Substituição processual ou legitimação extraordinária 189
4.4.4. Substituição processual e sucessão processual 192
4.4.5. Substituição processual e representação processual 192
4.4.6. A legitimação na tutela coletiva 192
4.5. O interesse de agir 195
4.5.1. Generalidades 195
4.5.2. O interesse-utilidade 197
4.5.3. O interesse-necessidade e as ações necessárias 197
4.5.4. O denominado interesse-adequação 198
5. Tipologia das "ações" 199
5.1. Classificação segundo a natureza da relação jurídica discutida: real e pessoal 199
5.2. Classificação segundo o objeto do pedido mediato: mobiliária ou imobiliária 200
5.3. Classificação segundo o tipo de tutela jurisdicional: conhecimento, cautelar e executiva. Ações sincréticas 200
5.4. Classificação das ações de conhecimento (certificação) 200
5.4.1. Ações de prestação 200
5.4.2. Ações constitutivas 204
5.4.3. Ações meramente declaratórias 205
5.4.4. O art. 4º, par. ún, CPC. Distinção entre ação meramente declaratória e ação de prestação (condenatória). O art. 475-N, I, do CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 11.232/2005 207
5.5. Ações dúplices 209
6. Cumulação de ações 210
7. Concurso de ações 210

Capítulo V
OS "PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS" 215
1. "Pressuposto processual": uma apresentação 215
2. Pressupostos de existência e requisitos de validade 216
3. A classificação proposta, baseada na obra de José Orlando Rocha de Carvalho 218
4. Pressupostos processuais subjetivos 219
4.1. Capacidade de ser parte 219
4.2. Existência de órgão investido de jurisdição 220
4.3. Pressuposto processual objetivo: a existência de ato inicial do procedimento que introduza o objeto da decisão 220
5. Requisitos processuais subjetivos de validade 220
5.1. Capacidade processual 220
5.2. Capacidade postulatória 223
5.3. Competência 226
5.4. Imparcialidade 227

6. Requisito processual objetivo intrínseco: respeito ao formalismo processual 227
7. Requisitos processuais objetivos extrínsecos ou negativos 228
8. Regramento processual das pessoas casadas 229
8.1. Consideração introdutória 229
8.2. Capacidade processual dos cônjuges nas ações reais imobiliárias 230
8.2.1. O art. 1.647 do CC-2002 230
8.2.2. A restrição da capacidade processual e a ressalva prevista no Código Civil de 2002 230
8.2.3. Forma e prova do consentimento 233
8.2.4. Aplicação na união estável 233
8.2.5. O controle da ilegitimidade processual do cônjuge 235
8.2.6. Suprimento judicial do consentimento (art. 11 do CPC e art. 1.648 do CC-2002) 236
8.3. Dívidas solidárias e litisconsórcio necessário entre os cônjuges (incisos II e III do § 1º do art. 10 do CPC) 237
9. O curador especial 239

Capítulo VI
TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS – PLANO DA EXISTÊNCIA 245
1. Nota explicativa 245
2. Ato e procedimento 246
3. Classificação dos fatos processuais em sentido amplo 246
4. Conceito de ato processual 250
5. Ato ilícito processual 252

Capítulo VII
INVALIDADES PROCESSUAIS 255
1. Consideração introdutória 255
2. Noções básicas sobre os planos da existência, validade e eficácia dos fatos jurídicos 256
3. Sistema de invalidades processuais – regras 258
3.1. Sistema de invalidades processuais e sistema de invalidades do direito material 258
3.2. O ato processual defeituoso produz efeitos até a sua invalidação. Toda invalidade processual é decretada 259
3.3. Os tipos de defeito processual 259
3.4. Não há invalidade sem prejuízo 261
3.5. Intervenção do Ministério Público e invalidade 262
3.6. Princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos. O princípio da fungibilidade 263
3.7. Sanabilidade de qualquer defeito processual 264
3.8. Invalidade do procedimento (inadmissibilidade) e invalidade de cada um dos atos do procedimento 264
3.9. Invalidação de atos do juiz, das partes e dos auxiliares da justiça 266
3.10. Princípios da proporcionalidade, cooperação e economia processual aplicados ao sistema das invalidades processuais 268
3.11. O princípio da lealdade processual (proibição do *venire contra factum proprium*) 269
3.12. Decisão sobre a invalidade e preclusão 271
4. Painel doutrinário 272

Capítulo VIII
PRECLUSÃO 277
1. Conceito 277
2. Fundamentos da preclusão e o seu papel no formalismo processual 278
3. Classificação 280
3.1. Generalidades 280
3.2. Preclusão temporal 281
3.3. Preclusão lógica 282
3.4. Preclusão consumativa 283
3.5. Preclusão-sanção ou preclusão punitiva 284
4. Natureza jurídica 285
4.1. A preclusão como fato e como efeito jurídico 285
4.2. A preclusão como sanção 286
5. Preclusão, prescrição e decadência 287
6. Preclusão para o juiz 288
7. Efeitos da preclusão 290

Capítulo IX
TEORIA DA COGNIÇÃO JUDICIAL 293
1. Conceito de cognição 293
2. Conceito de questão 293
3. Resolução das questões: resolução *incidenter tantum* (mera cognição) e resolução *principaliter tantum* (decisão) 294
4. Objeto do processo e objeto litigioso do processo 295
5. Objeto da cognição judicial (tipologia das questões) 297
5.1. Consideração introdutória 297
5.2. Questões de fato e questões de direito 297
5.3. Questões preliminares e questões prejudiciais 299
5.4. Condições da ação, pressupostos processuais e mérito: questões de admissibilidade e questões de mérito 302
6. Espécies de cognição 304

Capítulo X
LITISCONSÓRCIO 307
1. Conceito 307
2. Classificação 307
2.1. Ativo, passivo e misto 307
2.2. Inicial e ulterior 307
2.3. O confronto entre os litisconsórcios unitário, simples, necessário e facultativo .. 308
3. Regime de tratamento dos litisconsortes 312
4. Litisconsórcio eventual 314
5. Litisconsórcio alternativo 315
6. Litisconsórcio sucessivo 315
7. Litisconsórcio facultativo impróprio. Litisconsórcio recusável. Litisconsórcio multitudinário 316
8. Litisconsórcio necessário ativo 317
9. A intervenção *iussu iudicis* (art. 47, par. ún., do CPC) 324

Capítulo XI
INTERVENÇÃO DE TERCEIROS 329
1. Introdução 329
2. Fundamento da intervenção de terceiro 330
3. Conceitos fundamentais 330
3.1. Conceito de parte 330
3.2. Conceito de terceiro 331
3.3. Conceito de intervenção de terceiro 331
3.4. Processo incidente e incidente do processo 331
4. Efeitos na relação jurídica processual 332
5. Controle do magistrado 332
6. Momento 332
7. Hipóteses excepcionais de cabimento 333
7.1. Juizados Especiais 333
7.2. Intervenção de terceiro nos processos de controle concentrado da constitucionalidade 333
7.3. Intervenção de terceiros no procedimento sumário 336
8. Assistência 337
8.1. Considerações gerais 337
8.2. Procedimento 337
8.3. Classificação 337
8.3.1. Assistência simples ou adesiva 337
8.3.2. Assistência litisconsorcial 341
8.4. Intervenção do co-legitimado 342
8.5. Intervenção de legitimado extraordinário para a defesa de direitos coletivos (*lato sensu*) como assistente simples em processo individual 343
9. Oposição 345
9.1. Conceito 345
9.2. Tipos 346
9.3. Reconhecimento da procedência do pedido pelos opostos 347
9.4. Oposições sucessivas e oposições convergentes 347
10. Nomeação à autoria 347
10.1. Generalidades 347
10.2. A nomeação à autoria feita pelo mero detentor (art. 62 do CPC) e a regra do art. 1.228 do CC-2002 348
10.3. A nomeação à autoria feita pelo preposto (art. 63 do CPC). Confronto com os arts. 932, III, e 942, ambos do CC-2002 350
10.4. Procedimento 351
11. Denunciação da lide 352
11.1. Generalidades 352
11.2. "Obrigatoriedade" da denunciação da lide 353
11.3. Situação processual do denunciado 356
11.4. A denunciação da lide em caso de evicção (art. 70, I, CPC) e a regra do art. 456 do CC. A denominada denunciação da lide *per saltum* 357
11.5. A denunciação da lide com base no inciso II do art. 70 do CPC 360
11.6. A denunciação da lide com base no inciso III do art. 70 do CPC 361
11.6.1. Considerações gerais 361
11.6.2. A concepção restritiva 362

11.6.3. A concepção ampliativa 364
11.6.4. A posição do Superior Tribunal de Justiça 367
11.6.5. Síntese conclusiva: a nossa opinião 368
11.7. Procedimento da denunciação da lide formulada pelo autor (art. 74, CPC) 369
11.8. Procedimento da denunciação da lide formulada pelo réu (art. 75, CPC) 369
11.9. O par. ún. do art. 456 do CC-2002 e o inciso II do art. 75 do CPC 370
12. Chamamento ao processo 377
13. Outras questões 379
13.1. A denunciação da lide e o chamamento ao processo nas causas de consumo 379
13.2. Intervenção especial da União e das pessoas jurídicas de direito público 382
13.3. Intervenção litisconsorcial voluntária ou litisconsórcio facultativo ulterior simples 387
13.4. Intervenção do *amicus curiae* 389
13.4.1. Noção e hipóteses 389
13.4.2. Poderes processuais do amicus curiae 394
13.5. A nova intervenção de terceiro na ação de alimentos (art. 1.698 do CC-2002) 396
14. Quadros sinóticos 399

Capítulo XII
ALIENAÇÃO DA COISA OU DO DIREITO LITIGIOSO 401

Capítulo XIII
PETIÇÃO INICIAL 407
1. Petição inicial e demanda 407
2. Requisitos 407
3. Emenda da petição inicial 415
4. Indeferimento da petição inicial 415
4.1. Considerações gerais 415
4.2. Hipóteses de indeferimento 420
5. Pedido 423
5.1. Conceito e divisão 423
5.2. Requisitos 424
5.3. Cumulação de pedidos 425
5.3.1. Cumulação própria: simples ou sucessiva 425
5.3.2. Cumulação imprópria: subsidiária ou alternativa 426
5.3.3. Cumulação inicial e cumulação ulterior 430
5.3.4. Requisitos para a cumulação 430
5.4. Ampliação da demanda 433
5.5. Redução da demanda 434
5.6. Alteração objetiva da demanda 434
5.7. Tipologia 437
5.7.1. Pedido implícito e interpretação do pedido 437
5.7.2. Pedido genérico 439
5.7.3. Pedido alternativo 442
5.7.4. Pedido cominatório 443
5.7.5. Pedido relativo a obrigação indivisível 446

Capítulo XIV
JULGAMENTO LIMINAR DE MÉRITO – A IMPROCEDÊNCIA *PRIMA FACIE* 449
1. Generalidades 449
2. Indeferimento da petição inicial em razão do reconhecimento de prescrição ou decadência legal 450
3. Julgamento imediato de causas repetitivas 457

Capítulo XV
CITAÇÃO 463
1. Generalidade 463
2. A citação como "pressuposto processual" 463
3. Comparecimento do réu não-citado 465
4. A recorribilidade do "cite-se" 465
5. Pessoalidade (art. 215, CPC) 466
6. Local (art. 216, CPC) 467
7. Impedimento legal para a citação (art. 217, CPC) 467
8. Efeitos da citação (à luz do CC-2002) 468
9. Modalidades 474
9.1. Citação pelo correio 474
9.2. Citação por mandado 475
9.3. Citação por mandado com hora certa 476
9.4. Citação por edital 476
9.5. Citação eletrônica 477

Capítulo XVI
RESPOSTA DO RÉU E REVELIA 479
1. Teoria geral da exceção 479
1.1. Acepções 479
1.2. Exceção em sentido material e exceção em sentido processual 480
1.3. Da exceção como direito de defesa 481
1.4. Ação *versus* exceção 482
2. Espécies de defesa 483
2.1. Mérito/admissibilidade 483
2.2. Objeções/exceções 483
2.3. Peremptória/dilatória 486
2.4. Direta/indireta (classificação das defesas substanciais) 487
2.5. Instrumental/interna 487
3. A contestação 488
3.1. Noção geral 488
3.2. A regra da eventualidade ou concentração da defesa 488
3.3. Crítica à interpretação literal do art. 301 do CPC. Quebra do dogma da primazia da defesa de admissibilidade sobre a defesa de mérito 490
3.4. Ônus da impugnação especificada 492
3.5. Forma e requisitos 493
3.6. Pedido do réu 493
3.7. Aditamento e indeferimento da contestação 494
4. Reconvenção 494
4.1. Noções gerais 494
4.2. Possibilidade de ampliação subjetiva do processo ("reconvenção subjetivamente ampliativa") 495

4.3. Requisitos ... 496
4.4. Diferença entre reconvenção e ação declaratória incidental (ADI) ... 498
4.5. Reconvenção e substituição processual ... 498
5. Exceções instrumentais ... 499
5.1. Generalidades ... 499
5.2. Arguição de impedimento e suspeição ... 500
5.2.1. Generalidades ... 500
5.2.2. Impedimento do tribunal ou da maioria absoluta do tribunal ... 503
5.2.3. Impedimento e suspeição de outros sujeitos da relação jurídica processual ... 503
5.2.4. Eficácia externa da argüição de suspeição/impedimento ... 504
5.3. Exceção de incompetência ... 505
6. A revelia ... 506
6.1. Noção ... 506
6.2. Efeitos ... 506
6.3. Mitigações à eficácia da revelia ... 506
6.3.1. A confissão ficta não é efeito necessário da revelia ... 506
6.3.2. Revelia não implica necessariamente vitória do autor ... 507
6.3.3. Matérias que podem ser alegadas após o prazo de defesa ... 508
6.3.4. Proibição de alteração de pedido ou da causa de pedir, bem como de propor declaração incidente (art. 321, CPC) ... 508
6.3.5. Intervenção do réu-revel ... 508
6.3.6. Necessidade de intimação do réu revel que tenha advogado constituído nos autos ... 509
6.3.7. Possibilidade de ação rescisória por erro de fato ... 509
6.3.8. *Querela nullitatis* ... 509
6.4. Revelia na reconvenção ... 509

Capítulo XVII
PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES E JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO ... 511
1. Saneamento e fase de saneamento. As providências preliminares ... 511
2. Julgamento conforme o estado do processo ... 513
3. Julgamento antecipado do mérito da causa ... 514
4. Audiência preliminar ... 516
4.1. Generalidades ... 516
4.2. Denominação e objetivos da audiência ... 517
4.3. Direitos que admitam transação ("rectius": conciliação) ... 519
4.3.1. Generalidades ... 519
4.3.2. Conciliação em causas que envolvam pessoas jurídicas de direito público ... 520
4.4. O comparecimento à audiência. O preposto (representante voluntário) ... 521
4.4.1. Generalidades ... 521
4.4.2. Pessoa física pode utilizar-se de "preposto"? ... 522
4.4.3. Quem pode ser representante ... 523
4.4.4. O instrumento da representação ... 523
5. O despacho saneador ... 524
5.1. A dispensa de realização da audiência preliminar ... 524
5.2. Conteúdo do despacho saneador ... 524

6. Eficácia preclusiva da decisão de saneamento ... 525
6.1. Consideração introdutória ... 525
6.2. O juízo de admissibilidade positivo e a preclusão ... 526

Capítulo XVIII
EXTINÇÃO DO PROCESSO ... 533
1. Observação ... 533
2. Uma questão terminológica. A decisão parcial ("extinção imprópria do processo") ... 533
3. Decisões que não examinam o mérito (art. 267 do CPC) ... 535
3.1. Consideração introdutória ... 535
3.2. Análise do art. 268 do CPC ... 536
3.3. Indeferimento da petição inicial ... 540
3.4. Abandono do processo pelas partes ... 541
3.5. Abandono do processo pelo autor ... 541
3.6. Falta de "pressupostos processuais" ... 543
3.7. Perempção, litispendência e coisa julgada ... 543
3.8. Falta de condições da ação ... 545
3.9. Convenção de arbitragem ... 545
3.10. Desistência do prosseguimento do processo (revogação da demanda) ... 546
3.11. Falecimento do autor e intransmissibilidade do direito discutido ... 549
3.12. Confusão ... 550
3.13. Análise do §3º do art. 267 do CPC ... 551
4. Decisões que examinam o mérito (art. 269 do CPC) ... 553
4.1. Resolução ou julgamento de mérito? ... 553
4.2. Julgamento do pedido ... 554
4.3. Homologação da autocomposição das partes ... 555
4.4. Decadência e prescrição ... 557

Capítulo XIX
SUSPENSÃO DO PROCESSO ... 559
1. Noções gerais ... 559
2. Hipóteses de suspensão ... 560
2.1. Morte ou perda da capacidade processual de parte, representante legal ou advogado ... 560
2.2. Convenção das partes ... 562
2.3. Oposição de exceção de incompetência, impedimento e suspeição ... 563
2.4. Prejudicialidade ou preliminaridade externa (art. 265, IV, "a") ... 563
2.5. Depender da verificação de um fato ou da produção de uma prova (art. 265,IV, "b") ... 565
2.6. Julgamento de questão de estado objeto de pedido de declaração incidente (art. 265, IV, "c") ... 565
2.7. Força maior ... 567
2.8. Outros casos de suspensão ... 568
2.9. Suspensão do processo em razão da concessão de medida liminar em ação declaratória de constitucionalidade ... 568
3. Prática de atos durante a suspensão do processo ... 569

Bibliografia ... 575

NOTA DO AUTOR À DÉCIMA PRIMEIRA EDIÇÃO

Começo essa nota à décima primeira edição do v. 1 do meu *Curso* da mesma maneira com que comecei a nota à nona edição: muito obrigado.

Foram mais de vinte mil exemplares vendidos em 2008. A aceitação que o livro tem recebido reforça a certeza de que devo continuar na empresa de fazer um livro que sirva aos mais diversos propósitos, sempre com uma visão crítica, atualizada, aprofundada e criativa do Direito processual.

Fiz ampla revisão e atualização de todos os capítulos. Contei, para tal empreitada, com a imprescindível ajuda de Rafael Ferreira, a quem agradeço penhoradamente. O livro está completamente atualizado com referências a todas as leis que alteraram a legislação processual, inclusive a Lei dos recursos especiais repetitivos (Lei 11.672/2008).

Gostaria de realçar as profundas alterações feitas no capítulo sobre princípios, com a inclusão do item sobre o princípio da boa-fé processual e o desenvolvimento do chamado "neoprocessualismo". Significativas alterações foram feitas, também, nos capítulos sobre teoria da ação (aprimoramento do item sobre a teoria da asserção), competência (referência a novas decisões a respeito) e resposta do réu, com a inclusão de novos itens.

Gostaria de fazer um agradecimento especial a Roberto Gouveia Filho, Danilo Andreato, Leila Campos, Pablo Melo, Alexandre Machado Mendes, Geraldo Magela Reis, Isaac Silva, Joana Viégas Soares, Márcio Reis e Marcos Bastos, que me fizeram diversas sugestões, praticamente todas acolhidas.

Por fim, devo agradecer a todos os professores que recomendaram esse livro a seus alunos, permitindo-me divulgar as minhas idéias.

Estou à disposição para qualquer contato acadêmico e para ouvir críticas e sugestões (www.frediedidier.com.br).

Salvador, janeiro de 2009.

Fredie Didier Jr.

www.frediedidier.com.br

INTRODUÇÃO

Este curso de Direito Processual Civil pauta-se em algumas premissas. Todas são polêmicas, e certamente o leitor não concordará com ao menos uma delas. É conveniente que o leitor as conheça, até mesmo para fiscalizar a coerência das opiniões aqui defendidas.

a) Processo e Teoria Geral do Direito

A divisão do Direito em ramos atende a necessidades práticas e didáticas. Mas o Direito é um só. Reconhecida a existência de uma Teoria Geral do Direito, que fornece os conceitos jurídicos fundamentais, aplicáveis a qualquer ramo, não há qualquer sentido em negar-lhe aplicação ao estudo do Direito Processual. Existência jurídica, validade, eficácia, relação jurídica, obrigação, direito, dever, admissibilidade, sanção, situação jurídica, ônus, tipo, forma, legitimidade, condição, pressuposto etc., são conceitos normalmente utilizados pela dogmática jurídica processual, mas todos pertencem à Teoria Geral do Direito. Trata-se de conceitos lógico-jurídicos[1], aplicáveis a qualquer ordenamento jurídico, independentemente do direito positivo (não são, pois, conceitos de direito positivo). Em certas oportunidades, os processualistas buscam dar a essas noções um conceito especificamente processual. Não é correta essa postura. O Direito Processual deve ser estudado à luz da Teoria Geral do Direito, com o perdão pelo truísmo.

b) Existência de uma Teoria Geral do Processo[2]

Como decorrência do que foi dito acima, é correta a afirmação de que existe uma Teoria Geral do Processo, que tem por conteúdo a definição dos conceitos lógico-jurídicos dos institutos fundamentais do processo, aplicáveis a qualquer dos ramos do direito processual. Alguns exemplos são bem-vindos: jurisdição, ação, processo, competência,

---

1. Sobre a distinção entre conceito lógico-jurídico e conceito jurídico-positivo, BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário.* 2 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 94.
2. Sobre a Teoria Geral do Processo, é importante mencionar, apenas como exemplos, os seguintes trabalhos: CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estúdios de teoria general e historia del proceso (1945-1972).* México: UNAM, 1974, t. 1; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do Processo.* 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 58-76; FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale.* 8 ed. Milão: CEDAM, 1996; ____. "Processo. Teoria generale". (verbete) *Novíssimo Digesto Italiano*, v. 13, p. 1067-1076; GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso.* Buenos Aires: EJEA, 1961, 2v; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo.* Rio de Janeiro: AIDE, 2001; RÚA, Fernando de La. *Teoria general del proceso.* Buenos Aires: Depalma, 1991, p. 1-10; ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria geral do processo.* 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005; ANGELOTTI, Dante. *Teoria generale del processo.* Roma: Libreria Forense, 1951; CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso.* Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1971; CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 20 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004; ECHANDÍA, Devis. *Teoria general del processo.* 3 ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, s/a; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo – primeiros estudos.* Porto Alegre: Síntese, 1999; ROCHA, José Albuquerque. *Teoria geral do processo.* 8 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

norma processual, decisão, cognição, procedimento, recurso, lide, tutela jurisdicional, mérito, demanda, objeto litigioso, causa de pedir, pedido, parte, terceiro, pressupostos processuais, condições da ação etc.

Obviamente, isto não impede que cada ramo do processo, diante das suas peculiaridades, tenha regras próprias em relação a cada um destes institutos, mas o conceito deles é invariável, exatamente em razão da sua generalidade (não há dois conceitos de jurisdição, por exemplo). Não se deve confundir conceito geral com regime jurídico único. Por exemplo: o conceito de nulidade é o mesmo, porquanto lógico-jurídico, mas isso não significa que o regime de invalidação dos atos jurídicos seja o mesmo em cada um dos ramos do Direito. Também não se quer dizer que haja uma superioridade do processo civil em relação ao processo penal, trabalhista ou administrativo[3]. Nada disso. Os ramos do processo são autônomos, mas operam com categorias jurídicas gerais.

c) Processo e direito material

As regras processuais são criadas para atender às características/peculiaridades da situação jurídica substancial a ser deduzida no ato postulatório. Assim, impossível e imprestável qualquer estudo do processo civil que se faça sem o devido confronto com as regras de direito material, que sempre devem ser analisadas para que se saiba em que medida o legislador processual delas sofreu influência. A inquestionável autonomia do Direito Processual não pressupõe a sua neutralidade em relação ao Direito Material. Ao contrário, há entre eles um vínculo indiscutível, eis que se integram na tarefa de criação das normas jurídicas (gerais ou individuais, abstratas ou concretas).

d) Processo e as teorias dos direitos fundamentais e dos princípios

A aplicação das normas constitucionais processuais, especialmente aquelas relacionadas aos direitos e garantias fundamentais, deve pautar-se nas seguintes premissas: i) os princípios são normas jurídicas, com força normativa imediata; ii) são normas garantidoras de direitos fundamentais e, portanto, toda a teoria dos direitos fundamentais deve ser-lhes aplicada. Talvez esses sejam os dois pilares do neoconstitucionalismo: a teoria dos princípios e a teoria dos direitos fundamentais. Ambas devem ser aplicadas no estudo do direito processual.

Encarados os princípios constitucionais processuais como garantidores de verdadeiros direitos fundamentais processuais, e tendo em vista a dimensão objetiva de tais direitos (traduzem valores básicos e consagrados na ordem jurídica, que devem presidir

3. Em sentido diverso, sob fundamento de que não há subsidiariedade do processo penal em relação ao processo civil, o que neste momento sequer é cogitado, e que por isso não há uma Teoria Geral do Processo, TUCCI, Rogério Lauria. "Considerações acerca da inadmissibilidade de uma Teoria Geral do Processo". *Revista Jurídica*, n. 281, março de 2001, p. 48-64. Também não admitem a existência de uma teoria geral do processo VIDIGAL, Luis Eulálio Bueno de. "Por que unificar o direito processual?". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1982, n. 27; ALVIM, José Manoel Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1990, v. 1, p. 103-104.

a interpretação/aplicação de todo ordenamento jurídico, por todos os atores jurídicos), tiram-se as seguintes conseqüências: a) o magistrado deve interpretar esses direitos como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhe o máximo de eficácia; b) o magistrado poderá afastar, por inconstitucional, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental; c) o magistrado deve levar em consideração, "na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais",[4] aplicando o princípio da proporcionalidade.

e) Percepção da existência de tutela jurisdicional individual e coletiva

Um livro sobre o Direito Processual não pode ser um livro sobre o Código de Processo Civil, muito menos um livro sobre o processo individual. É fundamental perceber as diferenças e semelhanças entre a tutela jurisdicional dos direitos individuais e a tutela jurisdicional coletiva. O operador jurídico há de ser advertido quanto a isso e orientado a, sempre, após a compreensão do regime jurídico geral (CPC, litígios individuais), identificar as peculiaridades da tutela coletiva de direitos.

À tutela coletiva é dedicado todo o V.4 desta coleção, escrito em co-autoria com o Prof. Dr. Hermes Zaneti Jr., da Universidade Federal do Espírito Santo.

4. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 98-99.

Capítulo I
Princípios do Processo

Sumário • 1. Processo e direitos fundamentais – 2. Outros princípios – 3. Direito fundamental a um processo devido (devido processo legal): 3.1. Generalidades; 3.2. Devido processo legal aplicado ao âmbito das relações privadas; 3.3. Devido processo legal em sentido material (*substantive due process*). O princípio da proporcionalidade; 3.4. Devido processo legal em sentido formal – 4. Direito fundamental à efetividade (à tutela executiva) ou máxima da maior coincidência possível – 5. Princípios da adequação e da adaptabilidade do procedimento – 6. Princípio da boa fé processual – 7. Princípio da cooperação – 8. Direito fundamental a um processo sem dilações indevidas – 9. Direito fundamental à igualdade – 10. Direito fundamental à participação em contraditório – 11. Direito fundamental à amplitude da defesa – 12. Princípios dispositivo/inquisitivo – 13. Princípio da instrumentalidade – 14. Direito fundamental à publicidade.

1. PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

> "Inicialmente, vale sublinhar, com Dworkin, que conduzir uma argumentação utilizando princípios necessariamente resulta na tentativa de estabelecer algum direito fundamental, envolvido na questão, já que, segundo ele, *'principles are proposition that describe rights'*, pelo que se diferenciariam de outro importante *standard* argumentativo, aquele que invoca políticas públicas *(policies)*, que seriam *'proposition that describe goals'*".[1]

Vive-se, atualmente, uma fase de renovação do estudo do Direito Constitucional. Há diversas manifestações disso: a) parte-se da premissa de que a Constituição tem força normativa e, por conseqüência, também têm força normativa os princípios e os enunciados relacionados aos direitos fundamentais; b) pela expansão da jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade difuso e concentrado, como é o caso do Brasil); c) desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional (com a valorização dos princípios e o desenvolvimento dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade). A essa fase deu-se o nome de *Neoconstitucionalismo* ou *pós-positivismo*.[2]

O estudo do Direito Processual sofreu a influência desta renovação do pensamento jurídico. O processo volta a ser estudado a partir de uma perspectiva constitucional (o que não é novidade), mas agora seguindo esse novo repertório, que exige dos sujeitos

1. GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1996, n. 82, p. 75.
2. Sobre o tema, amplamente, BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 23 dez. 2007; _____. "Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro". *A nova interpretação constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

processuais uma preparação técnica que lhes permita operar com cláusulas gerais, princípio da proporcionalidade, controle difuso de constitucionalidade de uma lei etc.

Já se fala, neste contexto, de um *Neoprocessualismo*[3]: o estudo e aplicação do Direito Processual de acordo com essa nova proposta do pensamento jurídico. Já há significativa bibliografia nacional sobre o tema.[4] Este *Curso* adota essas premissas teóricas. Não há como estudar o processo (civil, penal, trabalhista etc.), ignorando que boa parte dos seus princípios está hoje consagrada no texto constitucional, na parte dedicada aos direitos fundamentais.

> Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil), sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, costuma-se denominar esta *fase* do desenvolvimento do direito processual de *formalismo-valorativo*[5], exatamente para destacar a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual. As premissas deste pensamento são exatamente as mesmas do chamado *Neoprocessualismo*. Embora seja correto afirmar que se trate de uma construção teórica que nasce no contexto histórico do *Neoconstitucionalismo*, o *formalismo-valorativo* pauta-se, também, no reforço dos aspectos éticos do processo, com especial destaque para a afirmação do princípio da cooperação (examinado mais à frente), decorrência da cláusula geral da boa-fé processual.
>
> O termo *Neoprocessualismo* tem uma interessante função didática, pois remete rapidamente ao *Neoconstitucionalismo,* trazendo de reboque todas as suas premissas metodológicas, além de toda produção doutrinária a respeito do tema, já bastante divulgada. Demais disso, o termo *Neoprocessualismo* também pode ser útil por bem caracterizar um dos principais aspectos deste estágio metodológico dos estudos sobre o direito processual: a redefinição das categorias processuais (marca do *processualismo* do final do século XIX e meados do século XX), a partir de novas premissas metodológicas (o que justificaria o prefixo "neo").[6]

3. CAMBI, Eduardo. "Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo". *Processo e constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.* Luiz Fux, Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 662-683; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. "El 'neoprocesalismo'". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal.* Buenos Aires: Instituto Ibero-americano de Direito Processual, 2006, ano VI, n. 9, p. 227-244.
4. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo.* São Paulo: RT, 2006; CAMBI, Eduardo. "Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo". *Processo e constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.* Luiz Fux, Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 662-683; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. "O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais". *Revista de Direito Processual Civil.* Curitiba: Gênesis, 2002, n. 26, p. 653-664; GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.* São Paulo: RT, 2003; ZANETI Jr., Hermes. *Processo constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; MITIDIERO, Daniel Francisco. "Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo". Tese de doutoramento. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007; ZOLLINGER, Marcia. *Proteção processual dos direitos fundamentais.* Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2006, SAMPAIO Jr., José Herval. *Processo constitucional - nova concepção de jurisdição.* São Paulo: Método, 2008.
5. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo" *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2006, n. 137, também publicado em DIDIER Jr., Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.) *Teoria do processo – panorama doutrinário mundial.* Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 125-150. A propósito do tema, ver, ainda, ZANETI Jr., Hermes. *Processo constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; MITIDIERO, Daniel. "Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo". Tese de doutoramento. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.

Para além de *princípios processuais constitucionais*, hoje se fala em *direitos fundamentais processuais.*

Vejamos a observação de Marcelo Lima Guerra:

> "... o uso de terminologias como 'garantias' ou 'princípios' pode ter o inconveniente de preservar aquela concepção das normas constitucionais, sobretudo aquelas relativas aos direitos fundamentais, que não reconhece a plena força positiva de tais normas, em suma, a sua aplicação imediata. Dessa forma, revela-se extremamente oportuno procurar substituir essas expressões terminológicas pela de 'direitos fundamentais', de modo a deixar explicitado a adoção desse novo marco teórico-dogmático que constitui o cerne do constitucionalismo contemporâneo, a saber, a teoria dos direitos fundamentais".[7]

Os direitos fundamentais têm dupla dimensão: *a) subjetiva:* de um lado, são direitos subjetivos, que atribuem posições jurídicas de vantagem a seus titulares; *b) objetiva:* traduzem valores básicos e consagrados na ordem jurídica, que devem presidir a interpretação/aplicação de todo ordenamento jurídico, por todos os atores jurídicos.

> "Por um lado, no âmbito de cada um dos direitos fundamentais, em volta deles ou nas relações entre eles, os preceitos constitucionais determinam espaços normativos, preenchidos por valores ou interesses humanos afirmados como bases objectivas de ordenação da vida social.
>
> Por outro lado, a dimensão objectiva também é pensada como estrutura produtora de efeitos jurídicos, enquanto complemento e suplemento da dimensão subjectiva, na medida em que se retiram dos preceitos constitucionais efeitos que não se reconduzem totalmente às posições jurídicas subjectivas que reconhecem, ou se estabelecem deveres e obrigações, normalmente para o Estado, sem a correspondente atribuição de 'direitos' aos indivíduos".[8]

Assim, o processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva). No primeiro caso, as regras processuais devem ser criadas de maneira adequada à tutela dos direitos fundamentais (daí que, por

6. Um dos livros-símbolo desta nova fase é MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo.* São Paulo: RT, 2006. O autor, embora não use o termo "neoprocessualismo", propõe-se a repensar as categorias fundamentais do direito processual (jurisdição, ação, defesa e processo) a partir das premissas do Estado Constitucional, dedicando, inclusive, um capítulo à exposição do "Neoconstitucionalismo" e outro à "Teoria dos Direitos Fundamentais".
7. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.* São Paulo: RT, 2003, p. 100.
8. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* 2 ed. Lisboa: Almedina, 2001, p. 111.

exemplo, o §5º do art. 461 do CPC permitir ao magistrado a determinação de *qualquer* medida executiva para efetivar a sua decisão, escolhendo-a à luz das peculiaridades do caso concreto). No segundo caso, o legislador deve criar regras processuais adequadas aos direitos fundamentais, aqui encarados como normas, respeitando, por exemplo, a *igualdade* das partes e o contraditório.

As normas-princípio que consagram direitos fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF/88), obrigando o legislador a criar regras processuais em conformidade com elas e, ainda, adequadas à tutela das situações jurídicas ativas (principalmente os direitos fundamentais).

Sucede que as normas relativas a direitos fundamentais também obrigam o magistrado, que deverá proceder ao controle de constitucionalidade difuso das regras processuais quando, em um caso concreto, perceber que uma delas viola a pauta normativa constitucional. Daí surge o princípio da adequação judicial das regras processuais, que está intimamente relacionado ao controle de constitucionalidade das leis no momento da aplicação (controle incidental e concreto) e à teoria dos princípios e dos direitos fundamentais, que pregam a eficácia imediata e direta dessas normas.

Encarados os princípios constitucionais processuais como garantidores de verdadeiros direitos fundamentais processuais, e tendo em vista a dimensão objetiva já mencionada, tiram-se as seguintes conseqüências: a) o magistrado deve interpretar esses direitos como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhes o máximo de eficácia; b) o magistrado poderá afastar, aplicado o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental; c) o magistrado deve levar em consideração, "na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais".[9]

2. OUTROS PRINCÍPIOS

Há outros princípios processuais que dizem respeito mais especificamente a alguns assuntos da dogmática processual: jurisdição (juiz natural e inafastabilidade), prova (busca da verdade e proibição de provas ilícitas), recursos (duplo grau de jurisdição) e decisão judicial (motivação). Há também o direito fundamental à assistência jurídica e à assistência judiciária, que foi examinado em outra oportunidade, juntamente com Rafael Oliveira.[10] Serão examinados, então, doravante, por ocasião do enfrentamento de cada um desses temas.

9. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil,* cit., p. 98-99.
10. DIDIER JR., Fredie e OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da justiça gratuita - aspectos processuais.* 3.ed. Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2008.

3. DIREITO FUNDAMENTAL A UM PROCESSO DEVIDO (DEVIDO PROCESSO LEGAL)

3.1. Generalidades

Trata-se do postulado fundamental do processo. Segundo Nelson Nery Jr., trata-se do princípio base, sobre o qual todos os outros se sustentam. É a norma-mãe. Origina-se da expressão inglesa *due process of law*. A primeira previsão do princípio ocorreu com a Magna Carta de João Sem Terra, de 1215. O termo consagrado foi utilizado em lei inglesa de 1254.

> *"That every freeman for every injury dono him in his goods, lands or person, by any other person, ought to have justice and right for the injury dono to him freely without sale, fully without any denial, and speedily without delay, according to the law of the land".* (Declaração de Delaware, em 02.09.1776, Seção12).

> *"That no freeman ought to be taken, or imprisioned, or disseizae of his freehold, liberties, or privileges, or outlawed, or exiled, or in any manner destroyed, or deprived of his life, liberty, or property, but by the judgement of his peers, or by the law of the land".* (Constituição Americana, XXI).

Aplica-se o princípio genericamente a tudo que disser respeito à vida, ao patrimônio e à liberdade. Inclusive na formação de leis. Processo é palavra gênero que engloba: legislativo, judicial, administrativo e negocial. Atualmente, é pacífica a aplicação do devido processo legal nas relações jurídicas particulares (ver item a seguir).

3.2. Devido processo legal aplicado ao âmbito das relações privadas[11]

O devido processo legal aplica-se, também, às relações jurídicas privadas. Na verdade, qualquer direito fundamental, e o devido processo legal é um deles, aplica-se ao âmbito das relações jurídicas privadas. A palavra "processo", aqui, deve ser compreendida em seu sentido amplo: qualquer modo de produção de normas jurídicas (jurisdicional, administrativo, legislativo ou negocial).

Antes de explicar o tema, convém frisar a discussão sobre a aplicação da teoria dos direitos fundamentais no âmbito privado. Trata-se de estudar a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.[12]

11. Escrito com o imprescindível auxílio de Rafael Oliveira, Professor-assistente da Especialização em Direito Processual Civil.
12. Sobre o tema, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado.* SARLET, Ingo Wolfgang e PINTO, Paulo Mota (trad.). Coimbra: Almedina, 2003; SARMENTO, Daniel. "A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil". *Leituras complementares de processo civil.* 5 ed. Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2005; *A nova interpretação constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193-284; *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: CEPC, 2002, p. 506-523; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* 2 ed. Coimbra: Almedina, 2001; SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003;

Na doutrina estrangeira a questão é bastante controvertida. Existem, basicamente, três teorias que tentam explicar o assunto: a) a teoria do *state action,* que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, por entender que o único sujeito passivo daqueles direitos seria o Estado (é a que prevalece no direito norte-americano e prevalecia, até pouco tempo, no direito suíço[13]); b) a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais na esfera privada, pela qual a Constituição não investe os particulares em direitos subjetivos privados, mas tão-somente serve de baliza para o legislador infraconstitucional, que deve tomar como parâmetro os valores constitucionais na elaboração das leis de direito privado (predominante na Alemanha, Áustria e, de certo modo, na França); c) a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada, pela qual aqueles direitos têm plena aplicação nas relações privadas, podendo ser invocados diretamente, independentemente de qualquer mediação do legislador infraconstitucional, privilegiando-se, com isso, a atuação do magistrado em cada caso concreto (prevalece no Brasil, Espanha e Portugal).[14]

Desse modo, a atual Constituição brasileira, pela "moldura axiológica" em que se encontra estampada (de índole eminentemente intervencionista e social), admite a ampla vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nela erigidos, de modo que não só o Estado como toda a sociedade podem ser sujeitos passivos desses direitos. Essa extensão da eficácia direta dos direitos fundamentais às relações privadas, naturalmente, vem carregada de especificidades inerentes ao direito privado. Assim, por exemplo, a sua aplicação no caso concreto há de ser, sempre, ponderada com o princípio da autonomia da vontade.[15]

Fincadas essas premissas, pode-se então, concluir que o princípio do devido processo legal – direito fundamental previsto na Constituição Brasileira – aplica-se, sim, ao âmbito privado, seja na fase pré-contratual, seja na fase executiva.

_____. (org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros Ed., 2004; TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais.* 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares.* São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

13. De acordo com a informação de Virgílio Afonso da Silva (*A constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 81-83), a Suíça não adota a teoria do *state action,* pois, após a reforma constitucional de 1999, a constituição suíça passou a conter um artigo que expressamente prevê a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (art. 35, 3): "As autoridades públicas devem cuidar para que os direitos fundamentais, na medida em que sejam aptos para tanto, tenham eficácia também na relação entre privados". Segundo o autor, a Suíça adota o modelo da eficácia indireta dos direitos fundamentais.
14. Cf. SARMENTO, Daniel. "A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil". In *Leituras complementares de processo civil.* 5 ed. Salvador: Edições *Jus*PODIVM, v. 2; in *A nova interpretação constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193-284.
15. Cf. SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil,* ob. cit.

Na fase pré-contratual, deve-se lembrar, por exemplo, que a oferta é uma postulação e que toda norma que regula o negócio jurídico, quanto aos seus requisitos, é norma de processo negocial. Assim, também nos negócios jurídicos deve-se respeitar o devido processo legal (ex. escritura pública para transferência de imóvel: se ela não existir, não existe a tradição). Na fase executiva, deve-se ver, por exemplo, que a imposição de sanção convencional deve atender aos requisitos estabelecidos no negócio e/ou na lei abstrata, bem assim observar o direito de defesa do infrator (ex. imputação de multa por conduta anti-social de condômino – art. 1.337, *caput* e parágrafo único, do CC), não podendo ultrapassar as raias da razoabilidade/proporcionalidade (devido processo legal formal e substancial).

> A Lei Federal n. 11.127/2005 ratificou este entendimento, quando determinou a alteração do art. 57 do CC-2002, relacionado ao procedimento para exclusão de associado, que passou a ter a seguinte redação: "A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto".
>
> O Supremo Tribunal Federal já adotara entendimento semelhante, embora sem fazer referência à polêmica doutrinária da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Veja esse julgado do Supremo Tribunal Federal:

> "COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício da ampla defesa. (STF, 2ª T., RE nº 158215- 4/RS, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07.06.1997)."[16]

16. Seguem outros julgados. "Ações consignatória, cautelar e anulatória. Exclusão de sócio de clube de regatas. É de prosperar ação consignatória de mensalidades proposta por associado, se o clube acionado não impugna tais mensalidades ofertadas nem seus valores, limitando-se a sustentar o descabimento da ação, com base em assembléia geral que excluiu o sócio, mas que foi considerada nula. Mostra-se nula e ineficaz em relação ao associado, assembléia geral ordinária que decide excluí-lo dos quadros sociais, porém afrontando os estatutos do clube e os mais primários princípios jurídicos do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Se a exclusão patrimonial do sócio foi considerada nula e ineficaz, não pode o clube impedi-lo de fazer uso pleno do box para barco, incluindo serviço de guincho. Sentença modificada". (APC nº 196033252, Terceira Câmara Cível, TARGS, Relator: Des. Leo Lima, julgado em 08.05.1996). "Ação ordinária apensada à cautelar. Suspensão imposta a associado. Nulidade. Ação distribuída dentro do prazo. Considera-se proposta a ação com a distribuição ou sendo a petição inicial despachada pelo Juiz, conforme art. 263, do CPC. Assim, despachada a inicial dentro do prazo, com a determinação para distribuição por dependência, não importa a data do carimbo do PROGER. Nulidade da decisão da diretoria do clube que impõe pena de suspensão ao associado sem que lhe seja assegurada defesa. O devido processo legal há de ser observado na imposição de pena administrativa, sob pena de nulidade. Recurso improvido". (APC nº 1998.001.08148, Nona Câmara Cível, TJRJ, Relator: Des. Paulo César Salomão, julgado em 15.09.1998). "Entidade social e beneficente. Penalidades. Devido Processo Legal. De acordo com a Constituição Federal e o estatuto social, a expulsão do quadro social, depende da instalação do devido processo legal, no qual se assegure amplo direito de defesa. Se tal não foi observado, anula-se a penalidade. Recurso improvido." (APC nº 2000.001.12810, Décima Sexta Câmara Cível, TJRJ, Relator: Des. Bernadino M. Leituga, julgado em 07.11.2000).

Em 2005, o STF voltou a examinar o tema, agora enfrentando a teoria da aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas. Esta decisão (proferida no RE n. 201.819/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.2005) é um marco, não por ter sido a primeira, pois não foi, mas porque aqui, aí sim pela primeira vez, o STF predispôs-se a examinar todas as nuances da discussão, em votação que já se reputa histórica. Eis o resumo do julgamento, publicado no Informativo n. 405 do STF, 10-14 de outubro de 2005:

> "A Turma, concluindo julgamento, negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores – UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude de o mesmo não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição – v. Informativos 351, 370 e 385. Entendeu-se ser, na espécie, hipótese de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Ressaltou-se que, em razão de a UBC integrar a estrutura do ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade de relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, seria incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, a recorrente assumira posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e da fruição dos direitos autorais de seu associado. Concluiu-se que as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolaram a liberdade do direito de associação e, em especial, o de defesa, sendo imperiosa a observância, em face das peculiaridades do caso, das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Vencidos a Min. Ellen Gracie, relatora, e o Min. Carlos Velloso, que davam provimento ao recurso, por entender que a retirada de um sócio de entidade privada é solucionada a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, sendo incabível a invocação do princípio constitucional da ampla defesa."

3.3. Devido processo legal em sentido material (*substantive due process*). O princípio da proporcionalidade

As decisões jurídicas hão de ser, ainda, substancialmente devidas. Não basta a sua regularidade formal; é necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta. Daí, fala-se em um princípio do devido processo legal substantivo, aplicável a todos os tipos de processo, também. É desta garantia que surgem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, aqui tratados como manifestação de um mesmo fenômeno.[17]

É como afirma Carlos Augusto de Assis: "O devido processo legal, na sua dimensão substancial, tem correspondência com o chamado 'princípio da proporcionalidade',

17. De fato, não há previsão constitucional expressa do princípio da proporcionalidade, conforme apontam Paulo Bonavides e Willis Santiago Guerra Filho. Mas pensamos que esse princípio, não obstante pudesse ser considerado implícito, decorre da garantia do devido processo legal substancial.

disseminado na Europa Continental".[18] E arremata o autor, com conclusões tiradas a partir da experiência da jurisdição constitucional do STF:

> "Essa semelhança entre proporcionalidade e devido processo legal substancial é, a nosso ver, muito interessante para a nossa análise, por vários motivos: a) como adiantado acima, ajuda a esclarecer o conteúdo do devido processo legal substancial, que, abstratamente considerado, é vago e impreciso; b) ajuda a desfazer a idéia equivocada de que a acepção substancial do *due process of law* não seria aplicável em países do sistema romano-germânico, com menor liberdade para o julgador do que os do tipo *judge makes law*...; c) reforça a idéia de equilíbrio que permeia todo o processo civil, como no clássico dilema entre celeridade e segurança."[19]

Para exemplificar, convém transcrever trecho da decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello, no RE n. 374.981, em 28.03.2005, publicada no Informativo do STF n 381:

> "Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, em face do conteúdo evidentemente arbitrário da exigência estatal ora questionada na presente sede recursal, o fato de que, especialmente quando se tratar de matéria tributária, impõe-se, ao Estado, no processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *'substantive due process of law'* (CF, art. 5º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 160/140-141 – RTJ 178/22-24, *v.g.*): 'O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador' (RTJ 176/578-580, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)."

Cabem, então, algumas ponderações sobre o princípio da proporcionalidade.

18. *Antecipação da tutela.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 63.
19. *Antecipação da tutela.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 64-65.

Fenômeno que não raramente acontece na hermenêutica constitucional é o da constatação da tensão entre direitos fundamentais e/ou princípios constitucionais. Enquanto a desarmonia entre normas infraconstitucionais se resolve por técnicas hermenêuticas mais singelas, o conflito de normas constitucionais, em razão da sua magnitude, requer do intérprete/aplicador um cuidado redobrado. Isto porque todas as normas constitucionais hão de gerar efeitos, presumindo-se todas em estado de perfeita harmonia, aptas a serem interpretadas e aplicadas do modo mais pleno e eficaz. Embora ressoe como truísmo, esta afirmação se justifica quando se observa que, na prática jurídica, o atendimento absoluto e simultâneo dos dispositivos constitucionais nem sempre – ou quase nunca, quando estivermos diante do rol de princípios elencados no art. 170, CF/88, por exemplo – é possível.

Duas são as formas de harmonização deste conflito de normas constitucionais, oriundas de duas fontes produtoras: a) regra criada pela via da legislação ordinária; b) a regra criada pela via judicial direta, no julgamento de casos específicos de conflito.

A primeira pode ocorrer sempre que forem previsíveis os fenômenos de tensão e de conflito, sempre que for possível intuí-los, à vista do que geralmente ocorre.

Quanto à construção de regra pela via judicial direta, ela se tornará necessária em duas hipóteses: ou quando inexistir regra legislada, ou quando esta se mostrar insuficiente ou inadequada à solução do conflito concretizado, que não raro se apresenta com características diferentes das que foram imaginadas pelo legislador.[20] Em qualquer caso, considerada a inexistência de hierarquia, no plano normativo, entre os direitos fundamentais e/ou princípios constitucionais conflitantes, a solução do impasse há de ser estabelecida mediante a devida ponderação dos bens e valores concretamente tensionados, de modo a que se identifique uma relação específica de prevalência entre eles.[21]

Há que se ressaltar, também, o princípio da unidade da Constituição, segundo o qual nenhuma norma constitucional pode ser interpretada em contradição com outra do mesmo quilate. A somatória destes fatores leva à necessidade de chegar-se à "concordância prática" destas normas.

Surge, assim, o denominado princípio da proporcionalidade em sentido estrito *(Verhältnismässigkeit)* ou da ponderação de interesses.[22-23] A construção deste princípio é, segundo afirma Bonavides, o mais importante mecanismo jurídico de proteção eficaz da liberdade de nossos dias.[24] Exerce, sem dúvida, papel fundamental na concretização

20. Em conhecida teoria das normas de aplicação dos direitos fundamentais, P. LERCHE refere-se às chamadas normas de solução de conflitos (*Konkurrenzlösend Normen*), que são aquelas que servem para dirimir litígios entre direitos fundamentais que não foram ainda resolvidos pela própria Constituição e que também não podem ser resolvidos (*apud* BONAVIDES, ob. cit. 381).
21. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 62.
22. Lembra PAULO BONAVIDES, lastrado em XAVIER PHILIPPE, que há princípios mais fáceis de compreender do que definir; o princípio da proporcionalidade estaria neste rol. (*Curso de Direito Constitucional.* 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 356).
23. Sobre as vacilações terminológicas doutrinárias, cf. BONAVIDES, ob. cit., pp. 366-369.
24. Ob. cit., p. 358.

de direitos fundamentais, sendo, nas palavras de Eberhard Grabitz, espécie daqueles princípios constitucionais que desempenham um notável e destacado papel na judicatura da Corte Constitucional,[25] basicamente na harmonização de possíveis conflitos entre princípios constitucionais, freqüentes, por exemplo, na aplicação da Constituição Econômica. É princípio que orienta a hermenêutica constitucional,[26] procurando estabelecer um *iter* procedimental lógico seguro na tomada de uma decisão, de modo a que se alcance a justiça do caso concreto.

> "O princípio em tela, portanto, começa por ser uma exigência cognitiva, de elaboração racional do direito – e aqui vale lembrar a sinonímia e origem comum, na matemática, dos termos 'razão' (lat. *Ratio*) e 'proporção' (lat. *Proportio*) –, o que explica a circunstância de ele figurar entre os cânones metodológicos da chamada 'interpretação constitucional', aquela a que se deve recorrer quando o emprego da hermenêutica jurídica tradicional não oferece um resultado constitucionalmente satisfatório".[27]

O magistrado, para resolver o conflito, haverá de avaliar qual das normas constitucionais, no caso concreto, deve prevalecer – como não se pode resolver a tensão pelo princípio da hierarquia das normas, pois advindas da mesma fonte, o juiz pondera os interesses em jogo, limitando a aplicação de um dos conflitantes em detrimento da do outro, de modo a delimitar o seu alcance. Serve, este método de desenvolvimento do direito, "para delimitar, umas em relação às outras, as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar os direitos cujo âmbito ficou em aberto."[28] "Com efeito, o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras (*Abwängung*), a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso (*Ubermassverbot*), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção."[29-30]

E as razões que levaram à criação deste princípio foram muito bem postas por Karl Larenz:

> "A amplitude com que a jurisprudência dos tribunais faz uso deste método explica-se, especialmente, pela ausência de uma delimitação rigorosa das hipóteses normativas

25. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in Rechtsprechung de Bundesverfassungsgerichts, apud* BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., pp. 358-359.
26. BONAVIDES, ob. cit., pp. 386-389.
27. GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1996, n. 82, p. 77.
28. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 587.
29. BONAVIDES, Paulo. Ob. cit. p. 387.
30. Entretanto, como afirma Zavascki: "O certo é que – e isso é o que importa salientar nesse momento – qualquer que seja o agente ou a via utilizada, a solução do conflito entre direitos fundamentais, na busca da concordância prática entre eles, opera, necessária e invariavelmente, uma limitação de um em benefício do outro." (ob. cit., pp. 62-63).

> destes direitos, a não indicação de notas distintivas, em relação, por exemplo, ao que é 'exigível'. Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são 'abertos', 'móveis', e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque a sua amplitude não está de antemão fixada. Em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que descer até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência dos tribunais consegue isto mediante uma 'ponderação' dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o 'peso' que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação."[31]

Trata-se de princípio que torna possível a justiça do caso concreto, flexibilizando a rigidez das disposições normativas abstratas.

Cabe à dogmática jurídica, contudo, balizar a atividade jurisdicional de ponderação, para que esta não redunde em subjetivismos ou arbitrariedades. Não se deve permitir que o magistrado decida "sem qualquer apoio em princípios metodológicos, com base apenas em tais pautas que ele mesmo estabelece para si".[32] É tarefa da dogmática criar critérios, os mais objetivos, para resolver o problema da decidibilidade dos conflitos, de modo que é correto dizer-se que não "é qualquer interpretação que vale, mas apenas aquelas que resultam de uma argumentação conforme os padrões dogmáticos."[33] A ponderação de interesses não se trata de sentimento jurídico; trata-se de técnica dogmática, que não se pode produzir unilateralmente, pelo magistrado, devendo seguir certos padrões ou métodos para que possa ser comprovada e controlada. A aplicação indiscriminada e desarrazoada deste multicitado princípio poderia levar ao "grave problema do equilíbrio entre o Legislativo e o Judiciário".[34]

31. LARENZ, Karl. Ob. cit., p. 575. Adverte, porém, o mencionado autor, que "ponderar" e "sopesar" são apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que – nisso reside a maior dificuldade – não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso. Não se pode pretender, como desejara Hubamnn, matematizar o método, sob pena de se incorrer em erro semelhante ao do legislador que desejasse, ou mesmo imaginasse, ser possível resolver abstratamente todos os conflitos entre normas constitucionais (pp. 575-576). Como afirma Marinoni, "a ponderação de bens deve ser feita no caso concreto, uma vez que não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possa ler-se o resultado como numa tabela" (*Novas Linhas do Processo Civil.* 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 110).
32. LARENZ, Karl. Ob. cit., p. 576.
33. FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução do Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação.* São Paulo: Atlas, 1994, p. 51. Sobre a decidibilidade como problema central da dogmática jurídica, vale a lição do Catedrático do Largo de São Francisco, plenamente aplicável na utilização do princípio da ponderação de interesses: "Nesse sentido, o seu problema não é propriamente uma questão de verdade, mas de decidibilidade. Os enunciados da Ciência do Direito que compõem as teorias jurídicas têm, por assim dizer, natureza criptonormativa, deles decorrendo conseqüências programáticas de decisões, pois devem prever, em todo caso, que, com sua ajuda, uma problemática social determinada seja solucionável sem exceções perturbadoras" (ob. cit., p. 91).
34. BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 382. O papel do juiz na aplicação do princípio da proporcionalidade é fundamental: trata-se do pináculo de sua atividade, quando interpreta o direito positivo de acordo com os valores garantidos pela Constituição Federal. A propósito, BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., pp. 386-397. Também sobre o assunto, eis as palavras de Marinoni: "O princípio da proporcionalidade, é claro,

E é por isso que se visualizam elementos, conteúdos parciais ou subprincípios hermenêuticos para a efetivação da ponderação dos interesses.[35] Zavascki, em belo trabalho de sistematização, assim os arrola: a) princípio da menor restrição possível; b) princípio da salvaguarda do núcleo essencial; c) princípio da necessidade.[36] A este rol, acrescente-se o subprincípio da pertinência.

> Willis Santiago Guerra Filho, nesse passo adotando classificação bastante aceita, aponta os seguintes três subprincípios: a) máxima do sopesamento ou princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Abwägungsgebot*); b) princípio da adequação; c) princípio da exigibilidade ou máxima do meio mais suave (*Gebot des mildesten Mittels*).[37]

Concluindo o tribunal pela impossibilidade de obtenção de um denominador comum aos bens jurídicos em conflito, haverá de observar que a mitigação que se faça a qualquer deles deverá ser a menor possível; as restrições a um direito fundamental/princípio constitucional, que são inevitáveis, serão lícitas, mas apenas na medida do necessário, "não podendo ir além do limite mínimo indispensável à harmonização pretendida".[38] De certo modo contido neste princípio, encontra-se o da salvaguarda do núcleo essencial,[39] segundo o qual não será legítima a decisão conformadora se, a pretexto de resolver o conflito entre direitos ou princípios, eliminar um deles ou lhe retirar a substância elementar.[40]

pressupõe um juiz aberto aos valores do seu tempo. Aliás, e aqui já nos encontramos diante de outro ponto, é fundamental que os textos legais sejam lidos de acordo com os valores da Constituição e que o juiz se convença, definitivamente, de que a neutralidade é um mito. (...) Na verdade, esse conjunto de idéias que decorrem da Constituição é que indica o conteúdo do direito de determinados tempo e lugar. O juiz que apreende o conteúdo do direito do seu momento histórico sabe reconhecer o texto de lei que não guarda ligação com os anseios sociais, bastando a ele, em tal situação, retirar do sistema, principalmente da Constituição, os dados que lhe permitem decidir de modo a fazer valer o conteúdo do direito do seu tempo" (ob. cit., p. 110).
35. BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 360.
36. Ob. cit., p. 63.
37. GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1996, n. 82, p. 75.
38. ZAVASCKI, ob. cit., p. 63.
39. Importante aplicação deste subprincípio encontra-se na aceitação e avaliação das chamadas provas ilícitas. A jurisprudência tem admitido, aplicando o princípio da proporcionalidade, que se admitam, em juízo, em certos casos, provas obtidas ilicitamente. No entanto, a punição do responsável pela prática do ato ilícito é sempre exigida. Aceitar a prova, mas punir o agente. Eis aplicação prática do princípio da salvaguarda do núcleo essencial.
40. Bonavides não menciona expressamente este subprincípio. A sua noção é vista quando da análise, pelo autor, do princípio da necessidade – que ele admite ser chamado de princípio da escolha do meio mais suave (*das Prinzip der Wahl des mildesten Mittels*). Embora com nomes distintos, as lições se justificam plenamente: *"O publicista francês Xavier Philippe, por sua vez, assevera que o princípio pode ser ilustrado pela seguinte máxima: 'de dois males, faz-se mister escolher o menor'. E acrescenta que pela necessidade não se questiona a escolha operada, 'mas o meio empregado' e que este 'deve ser dosado para chegar ao fim pretendido'. Em outras palavras – conforme comentário de Mauz Durig – de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (Erforderlichkeit) ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave..."* (ob. cit., p. 361).

O (sub) princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) afirma que a regra de solução somente será legítima quando for real o conflito, ou seja, quando efetivamente não for possível estabelecer um modo de convivência simultânea das normas em desarmonia.

Por fim, o princípio da pertinência ou aptidão (*Geeignetheit*), segundo o qual se deve averiguar se a medida empregada representa o meio certo para levar a cabo um fim almejado; há que se adequar o meio ao fim que se busca alcançar e esta perquirição é uma das etapas fundamentais na aplicação do princípio da proporcionalidade.

Consiste, pois, o princípio da proporcionalidade – em rápida síntese feita por Comparato – na adaptação das decisões jurídicas às circunstâncias de cada caso.[41]

No processo civil, o princípio da proporcionalidade tem aplicação em inúmeras situações: a) fixação do valor das multas processuais; b) concessão de provimentos liminares; c) utilização do poder geral de cautela (art. 798 do CPC); d) utilização do poder geral de efetivação (art. 461, § 5°, CPC); e) Quebra de sigilo bancário; f) identificação do meio menos gravoso para o executado (art. 620 do CPC); g) identificação do que seja bem impenhorável (arts. 648/649, CPC, e Lei Federal 8.009/90); h) admissibilidade da denunciação da lide com base no inciso III do art. 70; i) utilização de provas obtidas ilicitamente; j) decretação de nulidades processuais etc.

3.4. Devido processo legal em sentido formal

Segundo a doutrina, o devido processo legal em sentido formal é, basicamente, o direito a ser processado e a processar de acordo com normas previamente estabelecidas para tanto, normas estas cujo processo de produção também deve respeitar aquele princípio. Os demais princípios processuais são, na verdade, decorrência daquele. Como bem afirma Cruz e Tucci:

> "Em síntese, a garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade durante as múltiplas etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializa se constatem todas as formalidades e exigências em lei previstas.
>
> Desdobram-se estas nas garantias: a) de acesso à justiça; b) do juiz natural ou preconstituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; e f) da tutela jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável.
>
> Conclui-se, portanto, que, também em nosso país, o direito ao processo sem dilações indevidas, como corolário do devido processo legal, vem expressamente assegurado ao membro da comunhão social por norma de aplicação imediata (art. 5°, §1°, CF)".[42]

41. COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *A questão agrária e a justiça.* Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000, p. 145.
42. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Garantia do processo sem dilações indevidas". *Garantias constitucionais do processo civil.* São Paulo: RT, 1999, p. 259-260.

Como se vê, o devido processo legal é um direito fundamental de conteúdo complexo. Trata-se de uma cláusula geral e, portanto, aberta, que a experiência histórica cuida de preencher. Nesse sentido, "tanto se pode referir ao direito fundamental ao processo devido, como um direito fundamental dotado de um conteúdo complexo, como também é possível referir-se a cada uma das exigências aninhadas nesse conteúdo complexo como constituindo um direito fundamental. (...) A vantagem em se identificar cada uma dessas exigências e denominá-las individualmente é a de facilitar a sua operacionalização pelo intérprete, isto é, auxiliá-lo na solução de questões relacionadas com a concretização de tais valores".[43]

4. DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVIDADE (À TUTELA EXECUTIVA) OU MÁXIMA DA MAIOR COINCIDÊNCIA POSSÍVEL

A cláusula do "devido processo legal" é considerada, conforme visto, a norma-mãe, aquela que "gera" os demais dispositivos, as demais regras constitucionais do processo. Embora sem previsão expressa na Constituição, fala-se que o "devido processo legal" é um processo efetivo, processo que realize o direito material vindicado.

Como a cláusula do devido processo legal é aberta e, além disso, o legislador constituinte deixou claro que o rol dos direitos e garantias fundamentais não é exaustivo (art. 5°, §§ 1° e 2°, CF/88), incluindo outros previstos em tratados internacionais, a doutrina mais moderna fala, portanto, no direito fundamental à tutela executiva.

Esse posicionamento é reforçado pela moderna compreensão do chamado "princípio da inafastabilidade", que, conforme célebre lição de Kazuo Watanabe, deve ser entendido não como uma garantia formal, uma garantia de pura e simplesmente "bater às portas do Poder Judiciário", mas, sim, como garantia de acesso à ordem jurídica justa, consubstanciada em uma prestação jurisdicional célere, adequada e eficaz. "O direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa o direito à efetividade em sentido estrito".[44] Também se pode retirar o direito fundamental à efetividade desse princípio constitucional, do qual seria corolário.

> Para Cândido Dinamarco, "a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade.[45]

43. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.* São Paulo: RT, 2003, p. 100.
44. MARINONI, Luiz Guilherme. "O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais". *Revista de Direito Processual Civil.* Curitiba: Gênesis, 2003, p. 303.
45. *A instrumentalidade do processo.* 7 ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 271.

Também pode ser designado de princípio da máxima coincidência possível. Trata-se de velha máxima chiovendiana, segundo a qual o processo deve dar a quem tenha razão o exato bem da vida a que ele teria direito, se não precisasse se valer do processo jurisdicional. O processo jurisdicional deve primar, na medida do possível, pela obtenção deste resultado (tutela jurisdicional) coincidente com o direito material.

As últimas reformas processuais deram muita importância a esse princípio, não satisfatoriamente observado no antigo regramento da efetivação das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa, cujo descumprimento implicava, quase sempre, a conversão da obrigação em perdas e danos.

Segundo Marcelo Lima Guerra, o direito fundamental à tutela executiva exige um sistema de tutela jurisdicional "capaz de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva".[46] Mais concretamente, significa: a) A interpretação das normas que regulamentam a tutela executiva tem de ser feita no sentido de extrair a maior efetividade possível; b) O juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar uma norma que imponha uma restrição a um meio executivo, sempre que essa restrição não se justificar à luz da proporcionalidade, como forma de proteção a outro direito fundamental; c) O juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva.[47]

5. PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO E DA ADAPTABILIDADE DO PROCEDIMENTO

O princípio da adequação pode ser visualizado, de acordo com a doutrina, em dois momentos: a) o pré-jurídico, legislativo, como informador da produção legislativa do procedimento em abstrato; b) o processual, permitindo ao juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento de modo a melhor afeiçoá-lo às peculiaridades da causa. Quiçá, para fins didáticos, devêssemos nomeá-lo apenas no primeiro momento de princípio da adequação, enquanto, no segundo, de princípio da adaptabilidade; um, abstrato e prévio, outro, concreto e reparador. É a terminologia que adotamos.

Inicialmente, a própria construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as idiossincrasias do objeto do processo a que servirá; o legislador deve atentar para estas circunstâncias, pois um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional. O princípio da adequação não se refere apenas ao procedimento. A tutela jurisdicional há de ser adequada; o procedimento é apenas uma forma de encarar este fenômeno.[48]

46. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil,* cit., p. 102-103.
47. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil,* cit., p. 103-104.
48. Cf., a respeito da relação entre tutela jurisdicional e procedimento, YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional.* São Paulo: Atlas, 1999. Veja-se o que afirma o autor: "Contudo, o processo também pode ser visto – sempre com olhos voltados para a tipicidade – como o 'instrumento da jurisdição'. Sob esse prisma, pensar no processo é pensar no modo pelo qual o Estado desenvolve a função jurisdicional e, ao mesmo tempo, pensar nos 'caminhos' ou 'remédios' postos à disposição do interessado para desencadear o exercício dessa função. Com tais considerações, não é difícil perceber, 'retorna-se' ao tema do ingresso em juízo; não exatamente sob o ângulo da 'ação' tal como já examinado, mas sob a ótica do meio colocado à disposição tanto das partes, quanto do próprio Estado para a declaração e atuação do direito" (p. 167).

O princípio da inafastabilidade garante uma tutela adequada à realidade de direito material, ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito material.[49] Do princípio da inafastabilidade, é possível retirar-se o princípio da adequação da tutela jurisdicional. Também é possível retirá-lo do direito fundamental a um processo devido: processo devido é processo adequado. Lembre-se que o devido processo legal é uma cláusula geral, de onde se podem retirar outros princípios, tal como o da adequação. Há quem entenda, ainda, que o princípio da adequação decorre do princípio da efetividade, também esse corolário do devido processo legal.

> É como afirma Marinoni, visualizando a adequação como imposição do direito fundamental à efetividade: "A compreensão desse direito depende da adequação da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade requer a adequação e a adequação deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a necessidade de adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial".[50]

O cidadão, para obter aquilo que realmente tem direito de obter, precisa de uma série de medidas estabelecidas pelo legislador, dentre as quais avulta a criação de um procedimento adequado às particularidades da situação jurídica substancial submetida à apreciação do órgão jurisdicional.[51]

É possível dizer, com Galeno de Lacerda, que o princípio da adequação é o que justifica a existência de uma teoria geral do processo: sabendo-se que as regras processuais devem ser adequadas àquilo a que servirão de meio de tutela, será possível aceitar a existência de uma série de conceitos que devem ser utilizados para a compreensão de qualquer fenômeno processual (seja ele jurisdicional, legislativo, administrativo ou privado)[52].

A adequação do processo apresenta-se, segundo Galeno Lacerda, sob os aspectos subjetivo, objetivo e teleológico, que não se excluem, antes se inter-relacionam.[53]

49. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do processo civil,* ob. cit., p. 204.
50. MARINONI, Luiz Guilherme. "O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais". *Revista de Direito Processual Civil.* Curitiba: Gênesis, 2003, p. 304.
51. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil,* ob. cit., p. 214.
52. Favoráveis, que somos, a uma teoria geral do processo, a incluir o legislativo e o administrativo, além do jurisdicional, não poderíamos deixar de mencionar as manifestações deste princípio nestas outras searas processuais, de modo há, tanto mais, realçar a sua importância. Dois exemplos: a) a diversidade de procedimentos licitatórios previstos na legislação, criados conforme o objeto do certame; b) a diferenciação procedimental para as emendas constitucionais, a pôr em destaque a relevância das matérias que serão por elas tratadas.
53. "Instrumento é conceito relativo, que pressupõe um ou mais sujeitos-agentes, um objeto sobre o qual, mediante aquele, atua o agir, e uma finalidade que condiciona a ação." (*O Código como Sistema Legal de adequação do processo*, p. 164).

A adequação subjetiva do processo se opera em razão dos litigantes. São exemplos: a) intervenção obrigatória do Ministério Público nas ações de incapazes (art. 82, I, CPC); b) diferenciação de regras de competência (alimentando, art. 100, II, CPC; entes públicos federais, art. 109, I, CF/88); c) incapacidade processual para litigar em certos procedimentos (art. 8º, Lei Federal n. 9.099/95); d) prazos especiais (art. 188, CPC) etc.

A adequação teleológica do procedimento faz-se de acordo com as diversas funções a que visa. "Claro está que o processo de conhecimento, porque visa à definição do direito, requer atos e rito distintos daqueles exigidos para a execução, onde se cuida da realização coativa do direito declarado, ou para o processo cautelar, que busca a segurança do interesse em lide".[54] Há adequação teleológica também quando o procedimento é adaptado aos valores preponderantes em cada caso. Assim, por exemplo, o procedimento dos Juizados Especiais é adequado aos valores celeridade e efetividade, que presidiram a sua criação.

Três são, basicamente, os critérios objetivos de que se vale o legislador para adequar a tutela jurisdicional pelo procedimento: um, a natureza do direito material, cuja importância e relevância impõem uma modalidade de tutela mais efetiva; o segundo, a forma como se apresenta o direito material no processo; o terceiro, a situação processual da urgência. São exemplos do primeiro critério os procedimentos das "possessórias", dos alimentos, da busca e apreensão em alienação fiduciária e o da liminar em ação civil pública etc. Do segundo critério são exemplos o mandado de segurança, a ação monitória e a tutela antecipada genérica do art. 273, CPC. São exemplos de tutela de urgência os procedimentos especiais de alimentos e mandado de segurança preventivo.

A indisponibilidade do direito é fator levado em consideração para a diferenciação procedimental. Galeno Lacerda, ao analisar esta adequação objetiva, assim se manifesta: "Interessante é observar como a diferença de grau entre a disponibilidade e a indisponibilidade do objeto, isto é, do bem jurídico material, influi necessariamente nas regras de processo. As repercussões dessa gradação nos vários tipos de processos explicam as soluções várias e específicas para problemas como o impulso processual, a extensão dos poderes do juiz e dos direitos e deveres processuais das partes, os efeitos da aquiescência, a natureza da preclusão e da coisa julgada, a distinção quanto aos vícios do ato processual, a disponibilidade das provas,[55] a substituição e a sucessão no processo, e tanto outros".[56]

Quando a diferenciação do procedimento ocorre pela apresentação processual do direito, temos a proteção daquilo que foi muito bem denominado de tutela da evidência ou tutela do direito evidente:[57] tutela-se energicamente o direito em razão da evidência

54. LACERDA, Galeno. *O Código como Sistema Legal de adequação do processo*, p. 166-167.
55. Discordamos, *data venia*, neste ponto. A disponibilidade do direito material em nada afeta a disponibilidade da prova. Não se justifica mais este posicionamento. Com razão, no particular, entre outros, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (ob. cit., p. 118), MARINONI, Luiz Guilherme (*Novas Linhas do Processo Civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000) e BEDAQUE, José Roberto dos Santos (*Poderes Instrutórios do Juiz*. 2 ed. São Paulo: RT, 1991).
56. *O Código como Sistema Legal...*, ob. cit., p. 165.
57. FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (Fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

(aparência) com que se mostra nos autos. Não releva, a princípio, a natureza do direito material posto em litígio. Privilegia-se, sem dúvida, a comprovação do direito alegado: direito líquido e certo (provado documentalmente, conforme conceituação atual)[58] e prova escrita, em se tratando de ação monitória. A antecipação genérica da tutela, fundada em prova inequívoca – que não precisa ser, necessariamente, documental –, agora permite a tutela de qualquer direito evidente. Estamos diante do mais alto grau de abstração na previsão normativa de um provimento de urgência. Alterou-se o procedimento comum para torná-lo adequado aos direitos evidentes.

Agora, o princípio da adaptabilidade.

Nada impede, entretanto, antes aconselha, que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de mais bem tutelar o direito material. Também se deve permitir ao magistrado que corrija o procedimento que se revele inconstitucional, por ferir um direito fundamental processual, como o contraditório (se um procedimento não previr o contraditório, deve o magistrado determiná-lo, até mesmo *ex officio*, como forma de efetivação desse direito fundamental). Eis que aparece o princípio da *adaptabilidade*, *elasticidade* ou *adequação judicial* do procedimento: cabe ao órgão jurisdicional prosseguir na empresa da adequação do processo, iniciada pelo legislador, mas que, em razão da natural abstração do texto normativo, pode ignorar peculiaridades de situações concretas somente constatáveis caso a caso.

Muitas vezes, há previsão legal para essa adequação judicial do procedimento. Podem ser citados, como exemplos: a) possibilidade de inversão da regra do ônus da prova, em causas de consumo: a regra do procedimento é alterada no caso concreto, *ope iudicis*, preenchidos certos requisitos, de acordo com o art. 6º, VIII, CDC; b) a possibilidade de conversão do procedimento sumário em ordinário, em razão da complexidade da prova técnica ou do valor da causa (art. 277, §§ 4º e 5º, CPC); c) o julgamento antecipado da lide, em que se pode abreviar o rito, com a supressão de uma de suas fases (art. 330, CPC); d) a determinação ou não de audiência preliminar, a depender da disponibilidade do direito em jogo (art. 331, CPC); e) as variantes procedimentais previstas na Lei de Ação Popular (LF 4.717/65, art. 7º e segs.); f) a possibilidade de o relator da ação rescisória fixar o prazo de resposta, dentro de certos parâmetros (art. 491, CPC); g) as mutações permitidas ao agravo de instrumento do art. 544, CPC, previstas em seus parágrafos etc.

Há, porém, quem defenda a possibilidade de o órgão jurisdicional proceder à adequação judicial *mesmo sem anterior previsão legislativa*. Se a adequação do procedimento é um direito fundamental, cabe ao órgão jurisdicional efetivá-lo, quando diante de uma regra procedimental inadequada às peculiaridades do caso concreto[59], que impede a efetivação

58. MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Segurança – Direito Líquido e Certo, RePro 92, pp. 15/32.
59. Por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

de um direito fundamental (à defesa, à prova, à efetividade etc.). É como afirma HUMBERTO ÁVILA, referindo ao devido processo legal, do qual, é preciso lembrar, se extrai o princípio da adequação: "No plano da eficácia direta, os princípios exercem uma *função integrativa*, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Mesmo que um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não esteja previsto, ainda assim o princípio irá garanti-lo. Por exemplo, se não há regra expressa que oportunize a defesa ou a abertura de prazo para manifestação da parte no processo – mas elas são necessárias –, elas deverão ser garantidas com base direto no princípio do devido processo legal"[60].

Um exemplo. O prazo de defesa no procedimento comum ordinário é de quinze dias. Entende-se que esse é o prazo adequado para elaboração da defesa pelo réu. Imagine, porém, que a petição inicial venha acompanhada de dez volumes de documentos (dois mil documentos, mais ou menos). Esse prazo revelar-se-á, *naquele caso*, como inadequado. Permite-se que o magistrado *dilate* o prazo de defesa, permitindo a efetivação do direito fundamental a um processo adequado à apresentação da defesa pelo demandando.[61]

Outro exemplo. Na ação rescisória trabalhista, exige-se do autor a efetivação de um depósito prévio no montante de 20% sobre o valor da causa. Considere-se abstratamente adequado o valor, até como forma de desestimular ações rescisórias temerárias. Se, porém, esse valor mostrar-se, *em um caso concreto*, um obstáculo intransponível ou de difícil superação pelo autor, por ser demasiado, poderá o tribunal "adequar" o valor, reduzindo-o de modo a garantir a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça.

A flexibilidade do procedimento às exigências da causa é, então, fundamental para a melhor consecução dos fins do processo. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA sugere, para uma reforma legislativa, o estabelecimento do princípio da adaptabilidade (que ele denomina de princípio da adequação formal, seguindo a terminologia do CPC Português, que contém regra expressa[62]) como princípio geral do processo, uma espécie de *cláusula geral de adequação do processo,* "facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da

60. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 5 ed. São Paulo: Malheiros ED., 2006, p. 97.
61. Assim, considerando a "função bloqueadora" dos princípios, "porquanto afastam elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido", ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, cit., p. 98. Assim, também, o art. 486º, n. 4 e 5, do CPC português, que prevêem regras que articulam o princípio da adequação judicial: "4. Ao Ministério Público é concedida a prorrogação do prazo quando careça de informações que não possa obter dentro dele ou quando tenha de aguardar resposta a consulta feita a instância superior; o pedido deve ser fundamentado e a prorrogação não pode, em caso algum, ir além de 30 dias. 5. Quando o tribunal considere que ocorre motivo ponderoso que impeça ou dificulte anormalmente ao réu ou ao seu mandatário judicial a organização da defesa, poderá, a requerimento deste e sem prévia audição da parte contrária, prorrogar o prazo da contestação, até ao limite máximo de 30 dias".
62. "Art. 265-A. Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações."

demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo."[63] Como se trata de um desvio (previsível e permitido) da rota originariamente traçada, o magistrado sempre deve alertar as partes de sua intenção, de modo a garantir a higidez do contraditório; somente com o prévio anúncio podem os litigantes comportar-se processualmente de acordo com as novas regras. Pensar o contrário seria permitir surpresas processuais, em afronta direta aos princípios do contraditório e da cooperação.

Em síntese: procede-se à adequação do processo ao seu objeto tanto no plano legislativo, abstrato, com a construção de procedimentos compatíveis com as necessidades do direito material, como no plano do caso concreto, processual, permitindo-se ao magistrado a adequação do procedimento conforme as exigências da causa ou para efetivar direitos fundamentais que estejam sob risco de lesão.

6. PRINCÍPIO DA BOA FÉ PROCESSUAL

Os sujeitos do processo devem comportar-se de acordo com a boa-fé, que, nesse caso, deve ser entendida como uma norma de conduta ("boa-fé objetiva")[64-65]. Esse é o *princípio* da boa-fé processual, que se extrai do texto do inciso II do art. 14 do CPC: "Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (...) II - proceder com lealdade e boa-fé".

Note que os destinatários da norma são *todos aqueles que de qualquer forma participam do processo*, o que inclui, obviamente, não apenas as partes, mas também o órgão jurisdicional. A observação é importante, pois grande parte dos trabalhos doutrinários sobre a boa-fé processual restringe a abrangência do princípio às partes[66].

63. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Efetividade e Processo de Conhecimento". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1999, n. 96, p. 66.
64. Sobre a boa fé como regra de conduta, amplamente, CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil.* 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001, p. 632 e segs.
65. Na doutrina brasileira, não são muitos doutrinadores que mencionam a existência de uma "boa-fé objetiva processual". Poucos doutrinadores brasileiros aproveitaram essa grande contribuição germânica (*Treu und Glauben,* a proteção objetiva da confiança e da lealdade) em seus estudos sobre o direito processual, que ainda estão presos a uma concepção subjetiva de boa-fé. Ignora-se toda produção doutrinária sobre boa-fé objetiva no direito privado e no direito público. Parece não ter havido "comunicação doutrinária interdisciplinar", fato triste e lamentável. Olvida-se, também, a doutrina européia sobre a boa-fé objetiva no processo, principalmente os autores alemães e portugueses, citados ao longo do texto. Cabe, então, mencionar alguns autores brasileiros que *expressamente* defendem a existência de uma "boa-fé processual objetiva": CABRAL, Antônio do Passo. "O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2005, n. 126, p. 76-78; MITIDIERO, Daniel. "Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo". Tese de doutoramento. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p. 70; ____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Memória Jurídica, 2004, t. 1, p. 173; VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil.* São Paulo: Atlas, 2003, p. 169 e segs.
66. Por exemplo, o monografista do tema JUNOY, Joan Pico i. "El debido proceso 'leal'". *Revista Peruana de Derecho Procesal.* Lima: Palestra, 2006, v. 9, p. 341; MILMAN, Fábio. *Improbidade processual.* Rio de

A vinculação do Estado-juiz ao dever de boa-fé nada mais é senão o reflexo do princípio de que o Estado, *tout court*, deve agir de acordo com a boa-fé e, pois, de maneira leal e com proteção à confiança.

Trata-se de uma *cláusula geral processual.* A opção por uma cláusula geral de boa-fé é a mais correta. É que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal[67]. Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que impõe o comportamento de acordo com a boa-fé. Em verdade, não seria necessária qualquer enumeração das condutas desleais: o inciso II do art. 14 do CPC é bastante, exatamente por tratar-se de uma cláusula geral[68].

Não se pode confundir o princípio (norma) da boa-fé com a exigência de boa-fé (elemento subjetivo) para a configuração de alguns atos ilícitos processuais, como o *manifesto propósito protelatório*, apto a permitir a antecipação dos efeitos da tutela prevista no inciso II do art. 273 do CPC. A "boa-fé subjetiva" é elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos; é *fato*, portanto. A boa-fé objetiva é uma *norma* de conduta: impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas. Não existe *princípio da boa-fé subjetiva.* O inciso II do art. 14 do CPC brasileiro não está relacionado à boa-fé subjetiva[69], à intenção do sujeito do processo: trata-se de norma que impõe condutas em conformidade com a boa-fé *objetivamente* considerada, independentemente da existência de boas ou más intenções[70].

> Uma das situações jurídicas criadas a partir do princípio da boa-fé objetiva é o *dever de cooperação* entre os sujeitos do processo. A importância deste dever é, atualmente, tão grande, que convém separar o seu estudo, dando-lhe um item próprio, que é o seguinte: *o princípio da cooperação.*

A consagração do princípio da boa-fé processual foi resultado de uma expansão da exigência de boa-fé do direito privado ao direito público. A jurisprudência alemã entendeu

Janeiro: Forense, 2007, p. 81 e segs; NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 177-178; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado.* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 84-85.

67. JUNOY, Joan Pico i. "El debido proceso 'leal'", cit., p. 370-371. Também reconhecendo a grande utilidade de uma *cláusula geral processual de boa-fé,* VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, cit., p. 169 e segs.
68. LIMA, Alcides de Mendonça. Abuso do direito de demandar. *Revista de processo.* São Paulo, n. 19, 1980, p. 61. Assim, também, CABRAL, Antônio do Passo. "O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2005, n. 126, p. 69.
69. Relacionando o inciso II do art. 14 do CPC brasileiro à boa-fé subjetiva, MILMAN, Fábio. *Improbidade processual*, cit., p. 101. Nelson Nery Jr. e Rosa Nery afirmam, ao comentar esse dispositivo, que a boa-fé processual se presume; tratam da boa-fé, pois, como fato, que se presume, e não como norma de conduta (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 178, n. 11).
70. Embora sem dizer isso expressamente, parece ser este o pensamento de Antônio do Passo Cabral, ao afirmar que o inciso II do art. 14 do CPC "consubstancia cláusula genérica de conduta ética" (CABRAL, Antônio do Passo. "O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva", cit., p. 69).

aplicável o § 242 do Código Civil alemão[71] (cláusula geral de boa-fé) também ao direito processual civil[72] e penal[73]. De um modo geral, a doutrina seguiu o mesmo caminho[74]. Na verdade, a boa-fé objetiva expandiu-se para todos os ramos do Direito, mesmo os "não civis"[75].

De acordo com a sistematização procedida pela doutrina alemã[76], são quatro os casos de aplicação da boa fé ao processo: a) proibição de criar dolosamente posições processuais[77], ou seja, proibição de agir de má-fé; b) a proibição de *venire contra factum proprium*[78]; c) a proibição de abuso de poderes processuais[79]; d) *Verwirkung* (*supressio,* de acordo com a sugestão consagrada de MENEZES CORDEIRO)[80]: perda de poderes processuais em razão do seu não-exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não mais seria exercido.

> Perceba que a correta compreensão das repercussões da boa-fé objetiva no direito processual exige do estudioso o conhecimento da evolução do tema no direito civil,

71. § 242 do BGB (Bürgerliches Gesetzbuch): "Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern". ("O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfego", de acordo com a tradução de CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil,* cit., p. 325). Há uma outra tradução, bastante conhecida no Brasil, de Souza Diniz: "O devedor está obrigado a executar a prestação como a boa fé, em atenção aos usos e costumes, o exige" (*Código Civil Alemão.* Rio de Janeiro: Record Editora, 1960, p. 56)
72. "A sua natureza instrumental perante o Direito Civil e uma certa tradição literária de escrita sobre a boa fé em Processo terão facilitado a transposição". (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil,* cit., p. 375.)
73. O STF já decidiu que o processo penal *também* é regido pelo princípio da boa-fé objetiva, como forma de impedir comportamentos abusivos: STF, 2ª T., HC n. 92.012/SP, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 10.6.2008.
74. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil,* cit., p. 376, especialmente a nota 437.
75. "Essa expansão é notável e denota a compleição da boa-fé não como um instituto jurídico comum, mas como factor cultural importante, ligado, de modo estreito, a um certo entendimento do jurídico". (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil,* cit., p. 371.)
76. Trata-se de sistematização bastante conhecida, difundida na literatura portuguesa por Menezes Cordeiro, baseada nas obras de Walther Zeiss e Gottfried Baumgärtel.
77. Como, por exemplo, alguns casos previstos no CPC brasileiro: o requerimento doloso da citação por edital (art. 233), a atuação dolosa do órgão jurisdicional (art. 133, I) e em algumas hipóteses de litigância de má-fé que exigem a presença do "elemento subjetivo" (art. 17, I, II, III e IV). É importante registrar, especificamente para a aplicação do art. 17 do CPC, que nem todos os casos de litigância de má-fé ali previstos exigem a "má-fé subjetiva"; há casos em que a "má-fé" é examinada objetivamente, como nos casos dos incisos V, VI, VII e VIII do mesmo artigo. Advertindo sobre esse aspecto, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro". *Temas de direito processual.* São Paulo: Saraiva, 1977, p. 26. Trata-se de um dado relevante para confirmar a existência de uma cláusula geral de proteção da boa-fé objetiva.
78. Como, por exemplo, recorrer contra uma decisão que se aceitara (art. 503 do CPC brasileiro: "Art. 503. A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer".) ou pedir a invalidação de ato a cujo defeito deu causa (art. 243 do CPC).
79. Como, por exemplo, o *abuso do direito de defesa*, que pode autorizar a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (art. 273, II, CPC brasileiro), ou o *abuso do direito de recorrer*, que é hipótese expressa de litigância de má-fé (art. 17, VII, CPC brasileiro).
80. Como, por exemplo, a supressio do poder do juiz de controlar a admissibilidade do processo, se não o fez durante certo tempo, que levasse os demais sujeitos do processo a acreditar que o processo estava regular.

principalmente da teoria do abuso do direito, do exercício inadmissível das posições jurídicas: *venire contra factum proprium, supressio, surrectio, tu quoque* etc. Sobre o tema, indica-se a leitura da obra de Menezes Cordeiro, amplamente citada ao longo do texto, a tese de Judith Martins-Costa sobre a Boa-fé e os cursos de Direito Civil de Cristiano Chaves-Nelson Rosenvald e Pablo Stolze-Rodolfo Pamplona Filho.

É fácil perceber que o princípio de atuação de acordo com a boa-fé é a fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do "abuso do direito" processual[81] (desrespeito à boa-fé objetiva). Além disso, o princípio da boa-fé processual torna ilícitas as condutas processuais animadas pela má-fé (sem boa-fé subjetiva). Ou seja, a cláusula geral da boa-fé objetiva processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé, considerada como fato que compõe o suporte fático de alguns ilícitos processuais. Eis a relação que se estabelece entre boa-fé processual objetiva e subjetiva. Mas ressalte-se: o princípio é o da boa-fé objetiva processual, que, além de mais amplo, é a fonte dos demais deveres, inclusive o de não agir *com* má-fé.

É preciso, porém, encontrar o fundamento *constitucional* do princípio da boa-fé objetiva.

Mesmo se não houvesse texto normativo expresso na legislação infraconstitucional, o princípio da boa-fé processual poderia ser extraído de outros princípios constitucionais. A exigência de comportamento em conformidade com a boa-fé pode ser encarada como conteúdo de outros direitos fundamentais.

Há quem veja no inciso I do art. 3° da Constituição brasileira o fundamento constitucional da proteção da boa-fé objetiva[82]. É objetivo da República Federativa Brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Haveria um *dever fundamental de solidariedade*, do qual decorreria o dever de não quebrar a confiança e de não agir com deslealdade. Nesta mesma linha de raciocínio, há quem veja a cláusula geral de boa-fé como concretização da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana (art. 1°, III, Constituição Federal brasileira)[83].

Para MENEZES CORDEIRO, por exemplo, a exigência de atuação de acordo com a boa-fé decorre do direito fundamental à *igualdade*: "a pessoa que confie, legitimamente, num certo estado de coisas não pode ser vista se não tivesse confiado: seria tratar o diferente de modo igual"[84].

81. Sobre a relação entre boa-fé e abuso do direito, mais uma vez CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil,* cit., p. 861-902
82. VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil.* São Paulo: Atlas, 2003, p. 163.
83. ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 186 e segs; NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 224-274.
84. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa 'in agendo'.* Coimbra: Almedina, 2006, p. 51. Assim, também, do mesmo autor, mais longamente, *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 1.271 e segs.

ANTÔNIO DO PASSO CABRAL entende que o fundamento da *boa-fé objetiva processual* é o princípio do contraditório, que não é apenas fonte de direitos processuais, mas também de deveres. O contraditório não serve apenas para dar aos litigantes o direito de poder influenciar na decisão, mas também "tem uma finalidade de colaboração com o exercício da jurisdição"[85]. O direito ao contraditório não pode ser exercido ilimitadamente: o respeito à boa-fé objetiva é exatamente um desses limites.

Para JOAN PICO I JUNOY, o princípio da boa-fé processual compõe a cláusula do *devido processo legal*, limitando o exercício do direito de defesa, como forma de proteção do direito à tutela efetiva[86], do próprio direito de defesa da parte contrária e do direito a um processo com todas as garantias ("processo devido"). Cria, para tanto, eloqüente expressão: o devido processo leal[87].

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, órgão máximo da justiça brasileira, segue também essa linha de argumentação, de maneira ainda mais incisiva: a cláusula do devido processo legal exige um processo leal e pautado na boa-fé[88]. A transcrição do trecho da fundamentação é necessária:

> "O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.
>
> A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos".

E arremata o STF com a confirmação de que a exigência de comportamento de acordo com a boa-fé atinge *todos* os sujeitos processuais, e não apenas as partes:

> "Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgão, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça".

85. CABRAL, Antônio do Passo. "O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva", cit., p. 63. Assim, também, VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil,* cit., p. 172.
86. "...la efectividad de la tutela judicial impone el rechazo a la actuación maliciosa o temeraria de las partes, o dicho em otros términos, la mala fé procesal puede ponder em peligro el otorgamiento de uma efectiva tutela judicial..." (JUNOY, Joan Pico i. "El debido proceso 'leal'", cit., p. 346.)
87. JUNOY, Joan Pico i. "El debido proceso 'leal'", cit., p. 345 e segs.
88. STF, 2ª T., RE n. 464.963-2-GO, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14.02.2006, publicado no DJ de 30.06.2006. Com fundamentação semelhante, STF, 2ª T., AI n. 529.733-1-RS, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17.10.2006, publicado no DJ de 01.12.2006.

Todas essas opções são dogmaticamente corretas. Adota-se a do STF, principalmente em razão de um aspecto prático: a caracterização do devido processo legal como uma cláusula geral é pacífica, muito bem construída doutrinariamente e aceita pela jurisprudência. É com base nesta garantia que, no direito estadunidense, se construiu o dever de boa-fé processual como conteúdo da garantia do *fair trial*[89]. É mais fácil, portanto, a argumentação da existência de uma dever geral de boa-fé processual como conteúdo do devido processo legal. Afinal, convenhamos, o processo para ser *devido* (*giusto*, como dizem os italianos, *eqüitativo*, como dizem os portugueses) precisa ser ético e leal. Não se poderia aceitar como *justo* um processo pautado em comportamento desleais ou antiéticos.

7. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

Atualmente, prestigia-se no direito estrangeiro – mais precisamente na Alemanha[90], França[91] e em Portugal[92] –, e já com alguma repercussão na doutrina brasileira,[93] o chamado princípio da cooperação, que orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras.

Essa participação não se resumiria à ampliação dos seus poderes instrutórios ou de efetivação das decisões judiciais (arts. 131 e 461, § 5°, CPC). O magistrado deveria adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo

89. VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil,* cit., p. 121 e segs.
90. § 139 da ZPO Alemã, alterado pela lei de 27.07.2001, de acordo com a tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Titular de Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul: "§ 139 – CONDUÇÃO MATERIAL DO PROCESSO. (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático,especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Só é admitido contra o conteúdo dos autos prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimento por escrito".
91. Art. 16 do Novo Código de Processo Civil francês, segundo a tradução de EDUARDO FERREIRA JORDÃO: "O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que estes tenham sido objeto de contraditório. Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes a apresentar suas observações"
92. Art. 266 do CPC de Portugal: "1 – Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio".
93. Ver os trabalhos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, José Carlos Barbosa Moreira, José Roberto dos Santos Bedaque e Lúcio Grassi citados ao longo do texto.

suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como o produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio[94]. Trata-se de princípio que informa e qualifica o contraditório. A obediência ao princípio da cooperação é comportamento que impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais – e, principalmente, a prolação do juízo de inadmissibilidade. O princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar; c) dever de prevenir.

O *dever de esclarecimento* "consiste no dever do tribunal de se esclarecer junto às partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo"[95], para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas/apressadas.[96] Assim, por exemplo, se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a conseqüência prevista em lei para esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo) – ver n. 3 do § 139 da ZPO Alemã. Do mesmo modo, não deve o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante – convém lembrar que há hipóteses em que se confere capacidade postulatória a não-advogados, o que torna ainda mais imperioso o cumprimento desse dever.[97]

Não pode o magistrado decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*,[98] sem que sobre elas sejam as partes intimadas a

94. "Semelhante cooperação, além disso, mais ainda se justifica pela complexidade da vida atual, mormente porque a interpretação da *regula iuris*, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade. Entendimento contrário padeceria de vício dogmático e positivista. Exatamente em face desta realidade, cada vez mais presente na rica e conturbada sociedade de nossos tempos, em permanente mudança, ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial. Ainda mais que o monólogo apouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado." (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Garantia do Contraditório". *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 139; ver, ainda, do mesmo autor, "Poderes do juiz e visão cooperativa do processo". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2003, n. 27, p. 27-28; "Efetividade e processo de conhecimento". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, n. 96, p. 64-68).
95. GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 06, p. 50.
96. Art. 266 do CPC de Portugal: "2 – O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de fato".
97. Para Lúcio Grassi, é possível retirar este dever judicial, no direito brasileiro, dos artigos 130, 131, 339, 340, I, do CPC brasileiro ("Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real", cit., p. 51).
98. Art. 3º, 3, CPC Português: "O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre ela se pronunciarem". Ver os itens 2 e 3 do § 139 da ZPO Alemã, já citados. Sobre o tema, ainda,

manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitrada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir.[99] Eis o *dever de consultar*. Trata-se de manifestação da garantia do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de tentar influenciar na solução da controvérsia.[100] Como cabe ao magistrado a investigação ofi-ciosa dos requisitos de admissibilidade do processo (§ 3º do art. 267 do CPC), o respeito a esse dever revela-se fundamental. Acaso o magistrado "descubra" a falta de um requisito de admissibilidade, não deve determinar a extinção do processo (se esse for o efeito previsto) sem antes ouvir as partes sobre a questão.[101] É certo, ainda, que o magistrado pode indeferir a petição inicial por motivos não relacionados à sua validade: é o caso da extinção com exame de mérito, em razão do reconhecimento de decadência legal ou prescrição (art. 210, CC-2002, e art. 219, § 5º, CPC). Nessas situações, por não se tratar de vícios do instrumento da demanda, não se poderia falar em correção do defeito. Mesmo nesses casos a garantia do contraditório se impõe. Examinado com atenção o dispositivo do art. 296 do CPC, que autoriza a retratação do magistrado, tendo havido apelação contra sentença que indefere a petição inicial, será fácil constatar a aplicação do mencionado princípio: permite-se ao demandante tentar convencer o magistrado sobre a inexistência da questão de mérito conhecida *ex officio* e sobre a qual não teve a oportunidade de manifestar-se.

Tem o magistrado, ainda, o dever de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas. Trata-se do chamado *dever de prevenção*. "O dever de

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Garantia do Contraditório", cit., p. 144-145; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório". *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 39; GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real", cit., p. 53-56. Cf., ainda, julgado relatado por Araken de Assis, publicado na Revista Forense n. 338/301-309.

99. "Ao ver do legislador alemão, uma das circunstâncias capazes de concorrer para que se alcance esse fim consiste na clareza com que, ao longo do processo, possam os litigantes formar idéia sobre o provável desfecho. Para tanto, é mister que saibam quais as questões de fato e de direito consideradas relevantes pelo órgão julgador e tenham oportunidade de trazer ao propósito a sua contribuição. O § 139 da *ZPO* já consagrava, em semelhante perspectiva, o chamado *Hinweispflicht*, isto é, o dever do órgão judicial de providenciar para que as partes elucidassem de modo completo todos os fatos relevantes e indicassem as provas respectivas, incumbindo-lhe, na medida da necessidade, discutir com os litigantes os aspectos fáticos e jurídicos do pleito e formular-lhes perguntas. A reforma trata de reforçar este dever. De acordo com a nova redação do § 139, em princípio é vedado ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambos valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se." (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão". *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201-202).

100. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório", cit., p. 39-42.

101. Muito interessante a ponderação de Rodrigo Mazzei: "se o CPC impõe a ouvida do autor quando o réu alega a falta de um requisito de admissibilidade (art. 327), dando ensejo ao contraditório, por que também não se exigir o contraditório quando a falta for 'alegada' pelo juiz?" ("O manejo dos declaratórios pelo terceiro prejudicado". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 921-922, nota 127). Outro interessante exemplo do princípio da cooperação-dever de consulta, no direito positivo brasileiro, é a regra do art. 40, § 4º, da Lei federal n. 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), que autoriza o magistrado a conhecer *ex officio* da prescrição tributária, mas impõe a prévia oitiva da Fazenda Pública.

prevenção tem âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo".[102] No direito brasileiro, esse dever de prevenção está consagrado no art. 284 do CPC, que garante ao demandante o direito de emendar a petição inicial, se o magistrado considerar que lhe falta algum requisito; não é permitido o indeferimento da petição inicial sem que se dê a oportunidade de correção do defeito.[103] Não cumprindo o autor a diligência que lhe fora ordenada, a petição inicial será indeferida (art. 295, VI, CPC). Permite-se, contudo, uma nova determinação de emenda, se a primeira correção não foi satisfatória.[104] Mesmo que efetuada a emenda após o prazo concedido, ainda assim não se justifica o indeferimento.[105-106] Um outro exemplo seria o inciso V do art. 295 do CPC, que autoriza o indeferimento da petição inicial por escolha equivocada do procedimento, senão puder adaptar-se ao modelo legal. Nesses casos, deve sempre o magistrado intimar o demandante e indicar qual o procedimento aplicável, dando-lhe prazo para que tome as providências que reputar necessárias. Finalmente, tem-se o caso do chamado interesse-adequação, examinado mais à frente, que consiste na exigência de formulação da providência jurisdicional adequada (procedimento ou técnica de decisão). Deixando de lado, por ora, a impropriedade do instituto, cabe ao magistrado indicar qual o tipo de providência jurisdicional adequada, não podendo reconhecer a carência de ação, sem que antes dê oportunidade à correção do defeito.

8. DIREITO FUNDAMENTAL A UM PROCESSO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS

A Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, no art. 8, 1, prevê:

> "Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza."[107]

A República Federativa do Brasil é signatária desse Pacto, que adquiriu eficácia no plano internacional em 18 de julho de 1978. O Congresso Nacional editou o Decreto 27,

102. GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real", cit., p. 52.

103. GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real", cit., p. 52.

104. NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil*, nota 5 ao art. 284.

105. STJ, 6ª T., Resp 38.812-0-BA, rel. Min. Pedro Acioli, publicado no DJ 10.10.94, p. 27.191.

106. Como bem disse João Batista Lopes: "...não deve o juiz, nesse caso, limitar-se a determinar que o autor emende a inicial, mas deve esclarecer quais as falhas que referida peça apresenta." ("Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1984, n. 35, p. 30).

107. Também assim, o Tratado de Roma: "Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida." (art. 6º, 1, Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma no dia 04 de novembro de 1950).

de 26 de maio de 1992, aprovando o seu texto. O Governo Federal depositou, em 25 de setembro do mesmo ano, a Carta de Adesão ao mencionado pacto. Com a ulterior publicação do Decreto 678 (09.11.1992), o Pacto de San José da Costa Rica foi promulgado e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. O procedimento de incorporação do tratado foi respeitado em seus mínimos detalhes.

Como ensina Flávia Piovesan, uma das maiores autoridades sobre o assunto no direito brasileiro:

> "A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais, de que o Brasil é parte, conferindo-lhes hierarquia de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais".[108]

Estávamos, pois, diante de norma constitucional, que impunha a decisão judicial em prazo razoável. Concluía-se, portanto, que, também em nosso país, o direito ao processo sem dilações indevidas, como corolário do devido processo legal, vinha expressamente assegurado ao membro da comunhão social por norma de aplicação imediata (art. 5º, §1º, CF).[109] Decorreria esse direito fundamental, ainda, dos princípios da inafastabilidade e da proteção à dignidade da pessoa humana.

A Corte Européia dos Direitos do Homem firmou entendimento de que, respeitadas as circunstâncias de cada caso, devem ser observados três critérios para se determinar a duração razoável do processo, quais sejam: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; c) a atuação do órgão jurisdicional.[110]

> "O reconhecimento destes critérios traz como imediata conseqüência a visualização das dilações indevidas como um conceito indeterminado e aberto, que impede de considerá-las como o simples desprezo aos prazos processuais pré-fixados.
>
> Assim, é evidente que se uma determinada questão envolve, por exemplo, a apuração de crimes de natureza fiscal ou econômica, a prova pericial a ser produzida poderá demandar muitas diligências que justificarão duração bem mais prolongada da fase instrutória. (...)
>
> Por outro lado, não poderão ser taxadas de 'indevidas' as dilações proporcionadas pela atuação dolosa da defesa, que, em algumas ocasiões, dá azo a incidentes processuais totalmente impertinentes e irrelevantes.

108. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 79-80.
109. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Garantia do processo sem dilações indevidas". *Garantias constitucionais do processo civil.* São Paulo: RT, 1999, p. 259-260.
110. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Garantia do processo sem dilações indevidas". *Garantias constitucionais do processo civil.* São Paulo: RT, 1999, p. 239; ANNONI, Danielle. *A responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 85; GARCIA, José Antonio Tomé. *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinários.* Madri: Montecorvo, 1987, p. 119.

> E, ademais, é necessário que a demora, para ser reputada realmente inaceitável, decorra da inércia, pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo. É claro que a pletora de causas, o excesso de trabalho, não pode ser considerado, nesse particular, justificativa plausível para a lentidão da tutela jurisdicional."[111]

Previsto expressamente na Constituição Espanhola, art. 24.2: "Todos têm direito ao juiz ordinário previamente determinado por lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informado da acusação contra si deduzida, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias (...)". E também no CPC Português, art. 2º, 2: "A protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar" (Texto alterado pelo DL 329-A/95, de 12 de dezembro).

A discussão sobre a existência ou não deste direito fundamental acabou, tendo atualmente utilidade meramente histórica.

A EC n. 45/2004, que reformou constitucionalmente o Poder Judiciário, incluiu o inciso LXXVIII no art. 5º da CF/88: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". A mesma emenda constitucional acrescentou a alínea "e" ao inciso II do art. 93 da CF/88, estabelecendo que "não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão."

É preciso, porém, fazer uma reflexão como contraponto. Bem pensadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do conflito deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo do devido processo legal. A exigência do contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos, certamente, atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor insuperável. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sente saudade deles.

9. DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE

Os litigantes devem receber tratamento processual idêntico; devem estar em combate com as mesmas armas, de modo a que possam lutar em pé de igualdade. Chama-se a isso de paridade de armas: o procedimento deve proporcionar às partes as mesmas armas para a luta.

111. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Garantia do processo sem dilações indevidas". *Garantias constitucionais do processo civil.* São Paulo: RT, 1999, p. 239-240.

O processo é uma luta. A garantia da igualdade significa dar as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ação, deduzindo resposta etc. "Como explica Chiavario, essa paridade de armas entre as partes não implica uma identidade absoluta entre os poderes reconhecidos às partes de um mesmo processo e nem, necessariamente, uma simetria perfeita de direitos e obrigações. O que conta é que as diferenças eventuais de tratamento sejam justificáveis racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade, e de modo a evitar, seja como for, que haja um desequilíbrio global em prejuízo de uma das partes."[112]

O processo não pode ensejar apenas o contraditório formal, mas, sim, o material. "O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório."[113]

Neste sentido substancial, o princípio da igualdade confunde-se com o devido processo legal substancial.[114]

> "É através do princípio da proporcionalidade-igualdade que se garante a igualdade da pessoa no ordenamento jurídico vigente e daquele que haverá de vir a ser promulgado. É pela boa aplicação do princípio da proporcionalidade-igualdade que o magistrado irá realizar a interpretação da Constituição, ponderando os princípios e os direitos fundamentais que estejam em conflito aplicando-os aos interesses postos em causa. Através dessa ponderação e da pesagem dos direitos e interesses, verificará o magistrado para que lado deverá pender a balança e decidir qual dos interesses do caso concreto que, embora legitimamente tuteláveis, deverá ceder ao outro, sempre observando o meio menos gravoso à parte, quando por diversos modos poderá ser outorgado direito à outra."[115-116]

10. DIREITO FUNDAMENTAL À PARTICIPAÇÃO EM CONTRADITÓRIO

O processo é um instrumento de composição de conflito – pacificação social – que se realiza sob o manto do contraditório. O contraditório é inerente ao processo. Trata-se

112. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil,* 1999, p. 256.
113. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal.* São Paulo: RT, 1999, p. 128.
114. Assim, p. ex., ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 37. No mesmo sentido, com outras referências, GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1996, n. 82, p. 75.
115. SZANIAWSKI, Elimar. "Apontamentos sobre o princípio da proporcionalidade-igualdade". *Revista Trimestral de Direito Civil.*, vol. 5. Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 71.
116. "No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito". (BONAVIDES, Paulo. "Curso de Direito Constitucional". 12 ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 395).

de princípio que pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão. Aplica-se o princípio do contraditório, derivado que é do devido processo legal, nos âmbitos jurisdicional, administrativo e negocial.

Democracia no processo recebe o nome de contraditório. Democracia é participação; e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder.[117]

Quais são os elementos que compõem a garantia do contraditório? Esta garantia desdobra-se em duas facetas.

A faceta básica, que eu reputo a formal, é a da participação; a garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Isso é o mínimo e é o que quase todo mundo entende como princípio do contraditório. De acordo com o pensamento clássico, o magistrado efetiva, plenamente, a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte, ao deixar a parte falar.

Mas não é só isso.

Há o elemento substancial dessa garantia. Há um aspecto, que eu reputo essencial, denominado, de acordo com a doutrina alemã, de "poder de influência".[118] Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado.

Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do Magistrado – e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do Magistrado, interferir com argumentos, interferir com idéias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

Como poderia o magistrado punir alguém, sem que lhe tenha dado a chance de manifestar-se sobre os fundamentos da punição, por exemplo, demonstrando que os fatos em que se baseia o magistrado ou não ocorreram ou não permitem a aplicação da sanção? Seria punir sem ouvir; seria condenar sem dar a chance de defesa. Não é possível a aplicação de qualquer punição processual, sem que se dê oportunidade de o "possível punido" manifestar-se previamente, de modo a que possa, de alguma forma, influenciar no resultado da decisão.

Mais condizente com a moderna visão do princípio do contraditório está o art. 599, II, do CPC, que diz que o juiz pode, em qualquer momento do processo, advertir ao

117. Sobre o tema, MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil,* p. 255-258.
118. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 258-9.

devedor que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça. Ora, antes de punir, adverte sobre o comportamento aparentemente temerário, para que a parte possa explicar-se. Dispositivo belíssimo, que pode ser aplicado, por analogia, na aplicação de qualquer punição processual – e ressalte-se que este artigo está no Livro II, relacionado ao Processo de Execução, em que as situações processuais das partes são significativamente distintas.

Também deve ser assim na aplicação da nova multa do art. 14, par. ún., CPC. Deverá o magistrado, ao expedir a ordem ou o mandado para cumprimento da diligência, providenciar advertir esses sujeitos (partes ou terceiros) de que o seu comportamento recalcitrante poderá resultar na aplicação da mencionada multa. Sem essa comunicação/advertência prévia, pensamos que a multa porventura aplicada é indevida, por desrespeito ao princípio do contraditório. O responsável precisa saber das possíveis conseqüências de sua conduta, até mesmo para demonstrar ao magistrado as razões pelas quais não cumpriu a ordem, ou não a fez cumprir, ou até mesmo para demonstrar que a cumpriu ou não criou qualquer obstáculo para o seu cumprimento. Afinal, o contraditório se perfaz com a informação e o oferecimento de oportunidade para influenciar no conteúdo da decisão; participação e poder de influência são as palavras-chave para a compreensão desse princípio constitucional.[119-120]

119. É como diz Paula Sarno Braga, em lição definitiva, com a qual concordamos integralmente: "Verificada a prática de um ato de *contempt of court* pelo magistrado, abre-se a oportunidade ao *contemnor* para, querendo, defender-se e produzir as provas que entenda necessárias. Essa faculdade pode ou não ser exercida; duas são as situações possíveis: o *contemnor*, a despeito da iminente imputação da sanção de polícia, permanece inerte, não reagindo à possível punição, caso em que o *contempt of court* não passará de mera questão incidental decidida de imediato pelo magistrado, o incidente é solucionado de plano; ou, pode o *contemnor* irresignar-se contra a potencial imposição da punição e exercer plenamente suas garantias processuais inerentes ao *due process of law* (direito de defesa, produção de provas, julgador imparcial etc.), caso em que se instaura um procedimento incidental para solver o incidente. Neste procedimento incidental podem ser levadas a debate matérias como: a) se o ato foi realmente praticado; b) se este se caracteriza ou não como um *contempt*; c) se houve intenção do agente; d) o nível de gravidade da conduta ou de intencionalidade do agente e, até mesmo, e) a justeza do valor atribuído à multa. Asseguradas todas as garantias do devido processo legal ao *contemnor* e suscitadas, discutidas, provadas e apreciadas todas as questões que interessem ao deslinde do incidente, seu julgamento deve se dar por uma cognição exauriente, pois a decisão assumirá caráter de definitividade, já que seja predisposta a incorporar a qualidade de coisa julgada. Estruturalmente, ao menos em tese, pode ser processado tanto nos mesmos autos da lide central, como em autos apartados. No entanto, a despeito de ser a lei omissa, recomenda-se que seja resolvido em autos apartados, de forma a que seu processamento não dificulte ou perturbe de nenhuma forma o julgamento da causa principal. Com essa noção do procedimento incidental a ser seguido – se for necessário instaurar-se um – é válido relembrar sua semelhança com o *contempt* indireto da *common law*, que, pelo fato de ser cometido na ausência do juiz, exige um maior formalismo procedimental em respeito as garantias processuais, cuja aplicação analógica é proposta por Ada Pellegrini, tal como explicitado do ponto do '*contempt of court* da *common law*'." (*A responsabilidade processual de acordo com a Lei Federal nº 10.358/2001 – a contempt of court à brasileira* (monografia de conclusão do curso de graduação). Salvador: Universidade Salvador (UNIFACS), 2002, texto que se encontra na Biblioteca da Faculdade de Direito desta Universidade).

120. Com opinião contrária, Joaquim Felipe Spadoni, ao concluir que o contraditório e a ampla defesa serão salvaguardados pelas vias recursais (SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. 191).

Correta também a solução encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 250.781/SP, rel. Min. José Delgado, DJ de 19.06.2000: "Processual civil. Litigância de má-fé. Requisitos para sua configuração. 1. Para a condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17, do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5º, LV); e que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa."

A partir destas idéias, podemos avançar um pouco mais.

Vejamos a questão da formação dos pronunciamentos judiciais e o princípio do contraditório.

Os pronunciamentos judiciais pautam-se, obviamente, em questões de fato e de direito. O juiz examina a questão de fato e, em seguida, examina a questão de direito, para poder decidir.

O Professor Barbosa Moreira, num trabalho antigo, dizia o seguinte: você pode identificar um sistema jurídico processual a partir dos poderes que esse regime atribui ao juiz, no aporte de fatos e na instrução da causa.

Quando o sistema é mais "inquisitivo", são atribuídos ao magistrado mais poderes de condução, instrução e julgamento: o juiz pode aportar fatos, produzir provas e trazer novos argumentos jurídicos.

O nosso sistema é um sistema em que se conferem grandes poderes ao magistrado.

Vejamos o artigo 131 do CPC, que diz assim: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento". O juiz pode basear-se em fato que não foi alegado pelas partes. Agora, o art. 462 do CPC: "Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença." O juiz, ao decidir, pode basear-se em fato que influa no julgamento da causa, mesmo que ninguém lho tenha provocado a respeito.

Isso quer dizer o quê?

Que o material fático, as questões fáticas podem ser apreciadas pelo magistrado *ex officio*. O juiz pode conhecer de fatos que não tenham sido alegados. Ele pode trazer, ele pode aportar fatos ao processo. Que fatos são esses? Na verdade, para mais bem compreender que fatos são esses é melhor compreender quais não podem ser esses fatos. O raciocínio tem que ser esse. Quais os fatos o Magistrado não pode conhecer de ofício.

Será que o magistrado pode levar em consideração um fato de ofício, sem que as partes se manifestem sobre esse fato? Imagine a seguinte situação: A e B estão litigando, cada um argumenta o que quis e o juiz, na hora da sentença, se baseia em um fato que

não foi alegado pelas partes, não foi discutido por elas, mas está provado nos autos. Ele trouxe esse fato para fundamentar a sua decisão com base no artigo 131, conjugado com o 462, ambos do CPC. Ele pode fazer isso? Pode. Está autorizado? Está. Mas ele poderia ter feito isso sem submeter esse fato ao prévio debate entre as partes? Sem submeter esse fato, antes, ao diálogo das partes? A parte pode ter, contra si, uma decisão baseada em fatos sobre os quais ela não se manifestou?

Não.

Isso fere, escancaradamente, o contraditório. Por quê? A decisão forma-se, com elemento de fato sobre o qual as partes não falaram, e, portanto, baseia-se em ponto a respeito do qual as partes não puderam ter exercitado o "poder de influência"; elas não puderam dizer se o fato aconteceu ou não aconteceu, ou aconteceu daquela forma, ou de uma outra forma.

E, aqui, entra uma distinção que me parece muito útil e é pouco trabalhada na doutrina. Uma coisa é o juiz poder conhecer de ofício, poder agir de ofício, sem provocação da parte. Essa é uma questão. Outra questão é poder agir sem ouvir as partes. É completamente diferente. Poder agir de ofício é poder agir sem provocação, sem ser provocado para isso; não é o mesmo que agir sem provocar as partes. Esse poder não lhe permite agir sem ouvir as partes.

Falar em processo democrático é falar em processo equilibrado e dialógico. Um processo em que as partes possam controlar-se, os sujeitos processuais tenham poderes e formas de controle previamente estabelecidos. Não adianta atribuir poder, se não houver mecanismos de controle desse poder.

Então, em síntese: a) diálogo e equilíbrio, palavras-chave para a visão do processo moderno e democrático; b) distinção de poder agir de ofício e poder agir sem ouvir as partes.

Há um velho brocardo: *iura novit curia* (do Direito cuida o juiz). Há outro: *da mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos, que eu te darei o direito). São dois axiomas que devem ser repensados.

Primeiro, sabe-se que não é sempre que o juiz conhece o Direito. Às vezes, o juiz não sabe do que se trata a causa, não tem idéia do que se trata (pode ser uma causa que verse sobre direito estrangeiro, por exemplo). Mas ele também não precisa saber, a princípio. Ele ouvirá o que uma vai dizer, ouvirá o que a outra disser e, pela (juris) prudência, decide. Nenhum juiz é obrigado a saber todo o Direito.

Da mihi factum dabo tibi ius é expressão que me remete a uma imagem, assim, se me permite, não muito aprazível. Porque, veja, não sei se tem uma máquina de Coca-Cola, em que se diz: "Joga uma moeda e aperta o botão escolhido". *Da mihi factum* é o jogar a moeda; *dabo tibi ius* é a entrega do refrigerante, sai o "direito escolhido". Não é assim. O processo de reconhecimento de direito é muito mais complexo. Não se opera de forma tão simples.

Pode um magistrado decidir com base em um argumento, uma questão jurídica não posta pelas partes no processo? Perceba: o magistrado, por exemplo, verifica que a lei é inconstitucional. Ninguém alegou que a lei é inconstitucional. O autor pediu com base na lei tal, a outra parte disse que não se aplicava a lei. E o juiz entende de outra forma, ainda não aventada pelas partes: "Essa lei apontada pelo autor como fundamento do seu pedido é inconstitucional. Portanto, julgo improcedente a demanda."

Ele pode fazer isso? Claro. O juiz pode aplicar o Direito, trazer, aportar ao processo questões jurídicas. Pode? Pode. Mas pode sem ouvir, antes, as partes?

Não. Não pode.

O juiz teria, nestas circunstâncias, já que ele trará ao processo fundamento jurídico que não está nos autos, intimar as partes para manifestar-se a respeito. Ele teria que dizer: "Intimem-se as partes para se manifestar sobre a constitucionalidade da lei tal". Tem que fazer isso. Aí pode alguém vir dizer: "Está prejulgando?" Não, não está prejulgando – até porque pode estar em dúvida sobre o tema, que lhe veio à cabeça quando estava a preparar a sua decisão. Se ele fizer isso, estará sendo leal com as partes. Por quê? Porque não pegará as partes de surpresa. Porque, se ele não fizer isso, ele vai reconhecer a inconstitucionalidade na sentença, sem ter dado ao autor a chance de poder tê-lo convencido do contrário: não teve a chance de mostrar ao magistrado que aquela lei era constitucional. E, agora, só com a apelação. Como é que se pode restringir o contraditório ao julgamento do recurso? O recurso confere a oportunidade de uma nova discussão; e não a primeira discussão. Recurso é para restabelecer o curso e não começar um novo curso, a partir dali, para discutir a questão só agora, no Tribunal.

Vamos agravar a situação.

Imagine o Tribunal de Justiça decidindo com base em questão jurídica não colocada pelas partes, sem a sua prévia manifestação: só lhes restarão os recursos extraordinários, com todas as dificuldades a eles inerentes. A possibilidade de acontecer isso em tribunal é muito grande, notadamente em razão da praxe forense denominada "entrega de memoriais". Quantas e quantas vezes, os advogados nos memoriais, dão uma ajeitada no processo, uma corrigida, acrescentando um argumento novo, que não estará nos autos porque os memoriais foram entregues em gabinete do magistrado. Parece-me, então, que o magistrado deve determinar a juntada dos memoriais ao processo, com a subseqüente intimação da parte contrária para manifestar-se a respeito.

Não há violação da garantia do contraditório na concessão, justificada pelo perigo, de providências jurisdicionais antes da ouvida da outra parte (*inaudita altera parte*). O contraditório, neste caso, é postecipado para momento posterior à concessão da providência de urgência.

> "Pense-se, por exemplo, na hipótese de não ser concedida ordem liminar pela possibilidade de causar um dano irreversível na situação fática de interesse do demandado e a sua vez o requerente da providência corresse o risco de padecer de um dano irreversível. Aí o conflito axiológico imporia uma minudente

ponderação das circunstâncias do caso concreto, de molde a permitir, estando presente o pressuposto da aparência do direito, o sacrifício do direito improvável no altar do direito provável. (...) O conflito, por isso mesmo, só pode ser equacionado pela aplicação do princípio da proporcionalidade, que consiste em assegurar a eficácia dos direitos e em dar proteção aos interesses daí decorrentes, mediante a técnica da ponderação dos valores e o equilíbrio dos interesses em jogo no caso concreto".[121]

11. DIREITO FUNDAMENTAL À AMPLITUDE DA DEFESA

Embora correlatos, e previstos no mesmo dispositivo constitucional (art. 5º, LV, CF/88), contraditório e ampla defesa distinguem-se.

"...são figuras conexas, sendo que a ampla defesa qualifica o contraditório. Não há contraditório sem defesa. Igualmente é lícito dizer que não há defesa sem contraditório. (...) O contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório".[122]

Convém lembrar, ainda, que a ampla defesa é "direito fundamental de ambas as partes",[123] consistindo no conjunto de meios adequados para o exercício do adequado contraditório. Trata-se do aspecto substancial do contraditório.

12. PRINCÍPIOS DISPOSITIVO/INQUISITIVO

Quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado *princípio dispositivo*; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o *princípio inquisitivo* o processo será. A dicotomia *princípio inquisitivo-princípio dispositivo* está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de "inquisitoriedade"; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a "dispositividade". É impossível estabelecer um critério identificador da *dispositividade* ou da *inquisitoriedade* que não comporte exceção. O melhor, portanto, é falar em predominância em relação a cada um dos temas: em matéria de produção de provas, no efeito devolutivo dos recursos, na delimitação do objeto litigioso etc. Já se pretendeu distinguir o processo penal e o processo civil exatamente pelo conjunto de poderes atribuídos ao magistrado, inicialmente mais intenso naquele do que nesse.[124]

121. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Garantia do Contraditório". *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 1999, p. 147-148.
122. MENDONÇA Jr., Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 55.
123. MENDONÇA Jr., Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*, p. 57.
124. Atualmente, uma tal distinção não se justifica. Ver, por todos, o excelente trabalho MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Processo civil e processo penal: mão e contramão?". *Temas de direito processual – sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 201-215.

"Falar dos poderes do juiz importa enfrentar problema central de política jurídica, a cujo respeito todo o sistema processual é chamado a definir-se: o problema da 'divisão de trabalho' entre o órgão judicial e as partes. (...) Aceita a premissa de que ao titular do direito, em princípio, toca livremente resolver se ele deve ou não ser defendido em juízo, daí não se extrairá, sem manifesto salto lógico, que lhe assista idêntica liberdade de influir na maneira por que, uma vez submetida a lide ao órgão estatal, deva este atuar com o fim de estabelecer a norma jurídica concreta aplicável à espécie. Se cabe ver no litígio uma como enfermidade social, a cuja cura se ordena o processo, antes parece lícito raciocinar analogicamente a partir do fato de que o enfermo, no sentido físico da palavra, livre embora de resolver se vai ou não internar-se em hospital, tem de sujeitar-se, desde que opte pela internação, às disposições do regulamento: não pode impor a seu bel-prazer horários de refeições e de visitas, nem será razoável que se lhe permita controlar a atividade do médico no uso dos meios de investigação indispensáveis ao diagnóstico, ou na prescrição dos remédios adequados".[125]

José Roberto dos Santos Bedaque aponta a divergência doutrinária sobre o real conteúdo do chamado *princípio dispositivo*. O exame deste princípio passa, sobretudo, pela análise dos poderes processuais do juiz. "Fala-se, por exemplo, que tal princípio significa, em sentido amplo, deixar para as partes os ônus de iniciação, determinação do objeto, impulso do processo e produção de provas".[126] É fundamental visualizar o problema sob dois aspectos: a) propositura da demanda: delimitação do objeto do processo; b) estrutura interna do processo: impulso processual, produção de provas, efeito devolutivo do recurso etc.

"...fala-se de princípio dispositivo a propósito de temas como o da iniciativa de instauração do processo, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, o da possibilidade de autocomposição do litígio, o da demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por diante. Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões, com inflexível postura, respostas de idêntica inspiração".[127]

Barbosa Moreira e Bedaque defendem uma outra acepção do princípio dispositivo: é "preferível que a denominação *princípio dispositivo* seja reservada tão-somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). (...) Trata-se de um princípio relativo à relação material, não à processual.[128-129]

125. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo". *Temas de direito processual civil* – quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45-46.
126. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 88.
127. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Reformas processuais e poderes do juiz". *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53.
128. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Reformas processuais e poderes do juiz". *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
129. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 90.

Note-se que, independentemente da natureza do direito discutido, persiste o princípio da demanda, que impede o magistrado de dar início ao processo.[130] No entanto, admite-se a abertura *ex officio* de processo de inventário (art. 989, CPC), que cuida de interesses eminentemente disponíveis.[131] Também é irrelevante a natureza do direito no que se refere à iniciativa oficial de produção de provas (art. 130 do CPC).

13. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE[132]

O processo não é um fim em si mesmo, mas uma técnica desenvolvida para a tutela do direito material. O processo é realidade formal – conjunto de formas preestabelecidas. Sucede que a forma só deve prevalecer se o fim para o qual ela foi desenvolvida não lograr ter sido atingido. A separação entre direito e processo – desejo dos autonomistas – não pode implicar um processo neutro em relação ao direito material que está sob tutela. A visão instrumentalista do processo estabelece a ponte entre o direito processual e o direito material.

Não se pode ignorar a lição de Calmon de Passos, que não aceita a existência de um princípio da instrumentalidade do processo. Eis excerto da sua lição:

> "...separar o direito, enquanto pensado, do processo comunicativo que o estrutura como linguagem, possibilitando sua concreção como ato decisório, será disso-ciar-se o que é indissociável. Em resumo, não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um. Falar-se, pois, em instrumentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves conseqüências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o *ser* do direito do *dizer* sobre o direito, o *ser* do direito do *processo* de sua produção, o direito material do direito processual. Uma e outra coisa fazem um".[133]

Calmon de Passos está certíssimo. O Direito só é após ser produzido. E o Direito se produz processualmente. Quando se fala em instrumentalidade do processo, não se quer minimizar o papel do processo na construção do direito, visto que é absolutamente indispensável, porquanto método de controle do exercício do poder. Trata-se, em verdade, de dar-lhe a sua exata função, que é a de co-protagonista. Forçar o operador jurídico a perceber que as regras processuais hão de ser interpretadas e aplicadas de acordo com a sua função, que é a de emprestar efetividade às regras do direito material.

Bem pensadas as coisas, a relação que se estabelece entre o direito material e o direito processual é circular. "O processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva

130. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 91.
131. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 92.
132. Sobre o assunto, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1999.
133. "Instrumentalidade do processo e devido processo legal". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2001, n.102, p. 64.

é necessário que seja servido por ele".[134] Trata-se da chamada *teoria circular dos planos processual e material*:

> "Continuarão existindo dois planos distintos, direito processual e direito material, porém a aceitação desta divisão não implica torná-los estanques, antes *imbricá-los pelo "nexo de finalidade"* que une o instrumento ao objeto sobre o qual labora. Da mesma maneira que a música produzida pelo instrumento de quem lê a partitura se torna viva, o direito objetivo, interpretado no processo, reproduz no ordenamento jurídico um novo direito".[135]

Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementaridade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desses sonhos.

A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como o *valor* que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais.

14. DIREITO FUNDAMENTAL À PUBLICIDADE

Os atos processuais devem ser públicos. Trata-se de direito fundamental que visa permitir o controle da opinião pública sobre os serviços da justiça, máxime sobre o poder de que foi investido o juiz.

A Constituição Federal estabelece possibilidade de restrição (mas não eliminação) à publicidade: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem" (CF/88, art. 5º, LX). O CPC também segue esta linha: a) em que o exigir o interesse público; b) que dizem respeito ao casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores (art. 155, par. ún., CPC). Perceba que a restrição à publicidade tanto pode fundar-se no interesse público como também na preservação da intimidade, aplicado, sempre, o princípio da proporcionalidade.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 ratificou a exigência da publicidade de todos os atos provenientes dos órgãos do Poder Judiciário. Os incisos IX e X do art. 93 da CF/88 passaram a ter a seguinte redação:

> "IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença,

134. CARNELUTTI, Francesco. "Profilo dei raporti tra diritto e processo". *Rivista di Diritto Processuale*, 1960, v. 35, n. 4, p. 539-550. A tradução é de Hermes Zaneti Jr., que escreveu belo artigo sobre o assunto: ZANETI Jr., Hermes. "Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual)". *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito material e processo*. Guilherme Rizzo Amaral e Fábio Cardoso Machado (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 165-196.
135. ZANETI Jr., Hermes. "Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual)". *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito material e processo*, cit., p. 192.

em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.[136]

X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros".

Há uma íntima relação entre os princípios da publicidade e da motivação das decisões judiciais, na medida em que a publicidade torna efetiva a participação no controle das decisões judiciais; trata-se de verdadeiro instrumento de eficácia da garantia da motivação das decisões judiciais.

136. Há uma aparente prevalência do direito à informação em relação à proteção da intimidade. Este eventual conflito de direitos fundamentais não pode ser resolvido *a priori*, como a redação do inciso dá a entender; somente à luz do caso concreto, aplicado o princípio da proporcionalidade, será possível verificar qual dos dois deverá prevalecer. O juízo de ponderação é, sempre, *a posteriori*, e feito pelo magistrado. André Ramos Tavares adverte que a colisão entre a publicidade e a intimidade não é a única que pode acontecer: "Há inúmeros outros que pode entrar em cena, em cada caso concreto (no respectivo processo), tais como: dignidade da pessoa humana, privacidade, honra e direito à imagem". (*Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88 – (Des)estruturando a Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 34).

CAPÍTULO II
JURISDIÇÃO

Sumário • 1. Conceito e características da jurisdição: 1.1. Conceito; 1.2. Decisão por terceiro imparcial – heterocomposição; 1.3. A jurisdição como manifestação do Poder; 1.4. A jurisdição como atividade criativa; 1.5. Jurisdição como técnica de tutela de direitos mediante um processo; 1.6. A jurisdição sempre atua em uma situação jurídica concreta; 1.7. Impossibilidade de *controle externo* da atividade jurisdicional; 1.8. Aptidão para a coisa julgada material – 2. Equivalentes jurisdicionais: 2.1. Generalidades; 2.2. Autotutela; 2.3. Autocomposição; 2.4. Mediação; 2.5. Julgamento de conflitos por tribunal administrativo (solução estatal não-jurisdicional de conflitos) – 3. Arbitragem – 4. Princípios inerentes à jurisdição: 4.1. Investidura; 4.2. Territorialidade; 4.3. Indelegabilidade; 4.4. Inevitabilidade; 4.5. Direito fundamental à inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário; 4.6. Juiz natural – 5. A jurisdição voluntária: 5.1. Generalidades; 5.2. Classificação dos procedimentos de jurisdição voluntária de Leonardo Greco; 5.3. A jurisdição voluntária como administração pública de interesses privados; 5.4. A jurisdição voluntária como atividade jurisdicional.

1. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA JURISDIÇÃO

1.1. Conceito

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).

Esse conceito é o que parece estar de acordo com as diversas transformações porque passou o Estado nos últimos tempos. Não é mais possível utilizar a noção de jurisdição criada para um modelo de Estado que não mais existe, notadamente em razão de diversos fatores, tais como: *i)* a redistribuição das funções do Estado, com a criação de agências reguladoras (entes administrativos, com funções executiva, legislativa e judicante) e executivas; *ii)* a valorização e o reconhecimento da força normativa da Constituição, principalmente das normas-princípio, que exigem do órgão jurisdicional uma postura mais ativa e criativa para a solução dos problemas; *iii)* o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais[1], que impõe a aplicação direta das normas que os consagram, independentemente de intermediação legislativa; *iv)* a criação de instrumentos processuais como o mandado de injunção, que atribui ao Poder Judiciário a função de suprir, para o caso concreto, a omissão legislativa; *v)* a alteração da técnica legislativa: o legislador contemporâneo tem-se valido da técnica das cláusulas gerais, deixando o sistema normativo mais aberto e transferindo expressamente ao órgão jurisdicional a tarefa de completar a

1. A propósito disso, apontando a necessidade de repensar o direito processual em razão das mudanças decorrentes do advento do chamado "Estado Constitucional", MITIDIERO, Daniel. "Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo". Tese de doutoramento. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p. 28-30.

criação da norma jurídica do caso concreto; *vi)* a evolução do controle de constitucionalidade difuso, que, dentre outras conseqüências, produziu entre nós a possibilidade de enunciado vinculante da súmula do STF em matéria constitucional, texto normativo de caráter geral, a despeito de produzido pelo Poder Judiciário[2].

É preciso, portanto, identificar quais são os elementos do conceito de jurisdição e, mais do que isso, identificar quais são os seus atributos exclusivos.

Assim, convém examinar cada um dos elementos que compõem o conceito apresentado.

1.2. Decisão por terceiro imparcial – heterocomposição

(a) A jurisdição é técnica de solução de conflitos por *heterocomposição*: um terceiro substituiu a vontade das partes e determina a solução do problema apresentado.

Há, aqui, aquilo que Chiovenda denominou de *substitutividade*[3], para ele a característica que distingue a jurisdição das demais funções estatais. "Exercendo a jurisdição, o Estado substitui, com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação. Não cumpre a nenhuma das partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão invadir a esfera jurídica alheia para satisfazer-se"[4].

Não se adota, porém, a idéia de Chiovenda de que a jurisdição é a aplicação concreta da vontade da lei, em atividade meramente declaratória. Como será examinado, a jurisdição é, essencialmente, criativa.

2. Muito próximo, afirma Hermes Zaneti Jr: "A jurisprudência assume aí o papel de fonte primária do direito, em razão da fragilização do direito codificado que, no Brasil, já é um dado aferível da legislação". Como demonstra o autor, exemplificativamente, com a jurisprudência dominante, o efeito vinculante e eficácia *erga omnes* das decisões em controle de constitucionalidade concentrado e as súmulas vinculantes, cf. ZANETI JR., Hermes. "Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 267. A idéia central do texto é demonstrar as conexões necessárias entre as opções políticas do Estado, a história constitucional brasileira e o perfil do direito processual em solo pátrio. Nesse contexto, teoria da argumentação jurídica, teoria da constituição e dos direitos fundamentais, relações entre direito e política e o próprio conceito de Estado Democrático de Direito (explorado pelo autor nas páginas 113 e seguintes) são o pano de fundo para compreender o novo modelo do processo nacional. "O Estado Democrático de Direito deve aprofundar sua relação com o processo, instrumento de sua realização, que só pode atuar no âmbito da 'pretensão de correção' se visa atender às necessidades desse modelo de Estado nas quatro dimensões dos direitos fundamentais que o caracterizam. O que é fundamental ao Estado Democrático de Direito é a prevalência dos direitos fundamentais individuais e coletivos, sua relação com os fins e objetivos da sociedade multicultural (plúrima), e sua abertura para a construção da futura democracia integral (representativa, direta, política e social", Idem, p. 116. Nesse quadro, não é o processo que dita as regras para o desenvolvimento dos direitos fundamentais em juízo, mas os direitos fundamentais que irão conformar o direito processual (idéias bem expressadas por Hermes Zaneti Jr., parafraseando Jorge Miranda e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira). Para o Conceito de jurisdição, em essência o mesmo aqui esposado, cf. ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional*, p. 189.
3. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho procesal civil.* Jose Casais y Santaló (trad.). Madrid: Reus, 2000, t. 1, p. 373 e segs.
4. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido e CINTRA, Antônio Carlos Araújo Cintra. *Teoria geral do processo,* cit., p. 132.

Essa aplicação substitutiva deve ser feita por terceiro imparcial. É da essência da atividade jurisdicional ser ela exercida por quem seja *estranho* ao conflito (terceiro, aspecto objetivo) e desinteressado dele (imparcial, aspecto subjetivo). Note que alguém pode ser terceiro em relação ao conflito, mas não ser desinteressado (um filho é terceiro em um conflito do pai contra outra pessoa, mas não é desinteressado). O órgão julgador tem de ser terceiro *e* desinteressado.

> Antônio do Passo Cabral propõe o termo *impartialidade* para designar a condição de terceiro do órgão jurisdicional, o aspecto objetivo de ser um estranho àquilo que é discutido. Prefere reservar *imparcialidade* para a referência a um aspecto subjetivo do juiz, que não deve ter qualquer tipo de interesse na causa. Considera a divisão muito importante para afastar a idéia de que a atribuição de poderes ao órgão jurisdicional possa interferir em sua *imparcialidade*. A atribuição de poderes ao órgão jurisdicional se dá exatamente em razão da sua condição de terceiro e não tem, segundo entende, qualquer relação de causa e efeito com eventual *parcialidade* do julgador. [5]

Não se pode confundir *neutralidade* e *imparcialidade*. O mito da neutralidade funda-se na possibilidade de o juiz ser desprovido de vontade inconsciente; predominar no processo o interesse das partes e não o interesse geral de administração da justiça; que o juiz nada tem a ver com o resultado da instrução. Ninguém é neutro, porque todos têm medos, traumas, preferências, experiências etc. Já disse o poeta que nada do que é humano é estranho ao homem (TERÊNCIO, "Homo sum, humani nihil a me alienum puto"). O juiz não deve, porém, ter interesse no litígio, bem como deve tratar as partes com igualdade, garantindo o contraditório em paridade de armas (*fair hearing,* como dizem os americanos): isso é ser imparcial[6].

Sucede que a criação de norma individualizada por um terceiro imparcial, embora seja uma característica da jurisdição, não lhe é exclusiva. Há os tribunais administra-tivos das agências reguladoras, que funcionam como terceiros imparciais, compostos por "juízes administrativos" que se submetem a regras de impedimento e suspeição[7], criam normas

5. CABRAL, Antonio do Passo. "Imparcialidade e Impartialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2007, n.149, p. 341 e segs.
6. CAPPELLETTI, Mauro. "Reflexões sobre a criatividade Jurisprudencial no Tempo presente", cit., p. 18.
7. A propósito, Resolução nº 30 do CADE, de 25 de setembro de 2002, publicada no Diário Oficial da União de 30.9.2002: "Art. 1º É defeso ao Presidente e aos Conselheiros do CADE exercer suas funções e atribuições dispostas na Lei nº 8.884/94, quando verificada qualquer das hipóteses de impedimento ou de suspeição de parcialidade respectivamente previstas nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil. Art. 2º Caso o membro do Plenário que tenha exercido funções na Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça e na Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, será defeso o exercício de suas funções e atribuições em processos em que tenha assinado o parecer final. Art. 3º É dever do Presidente e dos Conselheiros do CADE declararem, de ofício, o impedimento e a suspeição de parcialidade. Art. 4º O interessado poderá argüir o impedimento ou suspeição do Presidente, ou Conselheiros, seguindo o procedimento descrito no §1º, inciso IV, do art. 138 do Código de Processo Civil. Art. 5º Em se tratando de impedimento ou suspeição de parcialidade do Conselheiro Relator, o processo será redistribuído a outro Conselheiro pelo procedimento comum de sorteio. Parágrafo único. Os atos que tenham sido realizados pelo Relator, enquanto não houver sido proferida sua declaração de impedimento ou suspeição, poderão,

jurídicas individualizadas, substituindo a vontade dos interessados, mas não podem ser designados de órgãos jurisdicionais, exatamente porque as suas decisões não têm aptidão de ficarem imutáveis pela coisa julgada material. Do ponto de vista formal, as decisões das agências reguladoras poderiam ser consideradas jurisdicionais; não o são, porém, exatamente pela falta do atributo exclusivo da jurisdição, que é a aptidão para a coisa julgada: essas decisões administrativas podem ser revistas pelo Poder Judiciário.

1.3. A jurisdição como manifestação do Poder

(b) A jurisdição é manifestação de um Poder e, portanto, impõe-se imperativamente, aplicando o Direito a situações concretas que são submetidas ao órgão jurisdicional.

Ao lado da função legislativa e da função administrativa, a função jurisdicional compõe o tripé dos poderes estatais. Embora monopólio do Estado, a função jurisdicional não precisa necessariamente ser exercida por ele. O próprio Estado pode autorizar o exercício da função jurisdicional por outros agentes privados, como no caso da arbitragem, mais adiante examinado.

1.4. A jurisdição como atividade criativa

(c) A jurisdição é função criativa: cria-se a norma jurídica do caso concreto, bem como se cria, muita vez, a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto.

Os textos normativos não determinam completamente as decisões dos tribunais e somente aos tribunais cabe interpretar, testar e confirmar ou não a sua consistência[8]. Os problemas jurídicos não podem ser resolvidos apenas com uma operação dedutiva (geral-particular). Há uma tarefa na produção jurídica que pertence exclusivamente aos tribunais: a eles cabe interpretar, construir e, ainda, distinguir os casos, para que possam formular as suas decisões, confrontando-as com o Direito vigente[9]. Exercem os tribunais papel singular e único na produção normativa.

Ao decidir, o tribunal cria. Toda decisão pressupõe ao menos duas alternativas que podem ser escolhidas. Mas a decisão não é uma delas, mas algo distinto delas (é algo novo). Ao decidir, repita-se, o tribunal gera algo novo – se não fosse assim, não haveria decisão, mas apenas o reconhecimento de uma anterior decisão, já pronta[10]. Niklas

fundamentadamente, serem aproveitados em caso de vício sanável. Art. 6º. Aplicam-se também os motivos de impedimento ou suspeição aos membros da Procuradoria do CADE, inclusive ao Procurador-Geral". Sobre o tema, PAULA, Daniel Giotti de. "Aplicação do CPC e dos princípios processuais nos processos junto ao CADE". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2007, n. 55, p. 37-38; NERY Jr., Nelson. "Impedimento e suspeição de conselheiro do Cade no processo administrativo da concorrência". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2000, n. 100.

8. CAMPILONGO, Celso. *Política, sistema jurídico e decisão judicial.* São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 165, com base em pensamento de Parsons.
9. LUHMANN, Niklas. "A posição dos tribunais no sistema jurídico"., cit., p. 162-163.
10. Explica Luhmann: "Si no existe una alternativa, la decisión del tribunal ya fue anticipada por el legislador o por la conclusión del contrato; pero aun cuando esa fuera la intención, frecuentemente se descubren todavía

Luhmann dá-nos o exemplo dos "*hard cases*", situações em que os textos jurídicos existentes, aplicadas de maneira puramente dedutiva, não apresentam soluções claras; assim, para a solução de tais casos, não basta o conhecimento do Direito vigente. Não obstante essa circunstância, os tribunais devem decidir – e decidem *("si no se encuentra el derecho, hay que inventarlo")*[11]

> É como lembra Pontes de Miranda, para quem o princípio de que o juiz está sujeito à lei é 'algo de 'guia de viajantes', de itinerário, que muito serve, porém não sempre. Equivale a inserir-se, nos regulamentos de fábrica, lei de física, a que se devem subordinar as máquinas: a alteração há de ser nas máquinas. Se entendemos que a palavra 'lei' substitui a que lá devera estar – 'direito' – já muda de figura. Porque direito é conceito sociológico, a que o juiz se subordina, pelo fato mesmo de ser instrumento da realização dele. Esse é o *verdadeiro conteúdo* do juramento do juiz, quando promete respeitar e assegurar a lei. Se o conteúdo fosse o de impor a 'letra' legal, e só ela, aos fatos, a função judicial não corresponderia àquilo para que foi criada: realizar o direito objetivo, apaziguar. Seria a perfeição, em matéria de braço mecânico do legislador, braço sem cabeça, sem inteligência, sem discernimento; mais: anti-social e – como a lei e a jurisdição servem à sociedade – absurda. Além disso, violaria, eventualmente, todos os processos de adaptação da própria vida social, porque só a eles, fosse a Ética, fosse a Ciência, fosse a Religião, fosse a Arte, respeitaria, *se coincidissem* com o papel escrito"[12].

É preciso desenvolver um pouco mais o tema.

Diz-se que a decisão judicial é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente *norma individual*, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material. Para a formulação dessa norma jurídica individualizada, contudo, não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais. Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre

alternativas. No hay ninguna decisión que pudiera excluir que, como consecuencia de la decisión, sean necesarias (o posibles) más decisiones." (*El derecho de la sociedad.* México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 370, nota 21).

11. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad.* México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 379.
12. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória.* Campinas: Bookseller, 1998, p. 274-275.

ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais[13].

Quando o juiz dá uma *interpretação à lei conforme à Constituição* ou a reputa inconstitucional, ele cria uma *norma jurídica* para justificar a sua decisão. A expressão "norma jurídica" aqui é utilizada num sentido distinto daquele utilizado linhas atrás. Não se está referindo aqui à norma jurídica individualizada (norma individual) contida no dispositivo da decisão, mas à norma jurídica entendida como resultado da *interpretação* do texto da lei e do *controle* de constitucionalidade exercido pelo magistrado.

Como se disse, ao se deparar com os fatos da causa, o juiz deve compreender o seu sentido, a fim de poder observar qual a lei que se lhes aplica. Identificada a lei aplicável, ela deve ser conformada à Constituição através das técnicas de *interpretação conforme*, de controle de constitucionalidade em sentido estrito e de balanceamento dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o julgador cria uma *norma jurídica* (= norma legal conformada à norma constitucional) que vai servir de fundamento jurídico para a decisão a ser tomada na parte dispositiva do pronunciamento. É nessa parte dispositiva que se contém a *norma jurídica individualizada*, ou simplesmente *norma individual* (= definição da norma para o caso concreto; solução da crise de identificação).

A norma jurídica criada e contida na *fundamentação* do julgado compõe o que se chama de *ratio decidendi*, as razões de decidir, tema examinado no v. 2 deste *Curso*, no capítulo sobre a teoria da decisão. Trata-se de "norma jurídica criada diante do caso concreto, mas não uma norma individual que regula o caso concreto"[14], que, por indução, pode passar a funcionar como regra geral, a ser invocada como precedente judicial em outras situações. "Ou seja, há necessidade de distinguir a cristalização da interpretação e do controle de constitucionalidade da criação de uma norma individual que, particularizando a norma geral, é voltada especificamente à regulação de um caso concreto"[15].

Assim, de acordo com a lição de LUIZ GUILHERME MARINONI, "se nas teorias clássicas o juiz apenas *declarava a lei* ou criava *a norma individual a partir da norma geral*, agora ele constrói a *norma jurídica* a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto" [16].

Essa noção é indispensável para compreender a "súmula vinculante", a repercussão geral no recurso extraordinário (arts. 543-A e 543-B, CPC), a súmula impeditiva de recursos (art. 518, § 1º, CPC), a possibilidade de julgamento imediato de causas repetitivas (art. 285-A, CPC), temas que serão abordados em outro momento deste curso.

13. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 90-97.
14. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., v. 1, p. 97.
15. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., v. 1, p. 97.
16. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., v. 1, p. 99.

Há casos, ainda, em que o enunciado normativo é composto por termos de conteúdo indeterminado ou vago. Nesses casos, caberá ao magistrado, diante de uma situação concreta, definir a extensão e o conteúdo destes elementos da hipótese normativa. É o que acontece com os enunciados que contêm conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais – ou quando a lei não define precisamente as suas conseqüências – como a que autoriza o julgamento com base em eqüidade[17].

É como afirma Humberto Ávila, reforçando o papel criativo do órgão jurisdicional:

> "É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crendice de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto"[18].

A criatividade judicial pode, ainda, ser justificada pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição (examinado mais adiante), que proíbe a recusa da prestação jurisdicional *(Verbot der Justizverweigerung)*, no Brasil positivado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal. "A não-decisão não é permitida"[19]. Segundo Luhmann, foi o reconhecimento desta função específica dos tribunais que fez com que eles se libertassem da influência imperial da política[20]. A definição do papel dos tribunais no sistema jurídico deve partir dessa premissa: todo problema que lhe for submetido ao Tribunal precisa ser resolvido, necessariamente. É dizer: ainda que a situação concreta não esteja prevista expressamente na legislação, caberá ao magistrado dar uma resposta ao problema, classificando-a como lícita ou ilícita, acolhendo ou negando a pretensão do demandante.

> Exatamente em razão dessa universalização do sistema jurídico, que não pode antecipar quais são as pendências que necessariamente deverão ser resolvidas, pois vedada a não-apresentação de resposta pelo Poder Judiciário, é possível constatar que esse mesmo sistema, embora operativamente fechado (vez que as comunicações que nele se operam se reproduzem de acordo com o código que lhe é próprio: lícito/ilícito), é cognitivamente aberto ao mundo, que é contingente, desde que a comunicação que lhe chegue *(input)* seja transformada no código específico da comunicação normativa. Eis um dos principais paradoxos construídos por Luhmann: "a proibição

17. GONÇALVES, Graziela Marisa. "As sentenças determinativas e o juiz". *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. Rosa Nery (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 94; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 3 ed., v. 3, cit., p. 215.
18. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006, p. 34.
19. LUHMANN, Niklas. "A posição dos tribunais no sistema jurídico". *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1990, n. 49, p. 160.
20. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 373.

da recusa da Justiça garante a abertura por intermédio do 'fechamento'"[21]. Porque não se pode deixar de decidir, não se pode deixar de ficar aberto àquilo que ainda não foi regrado legislativamente – foi o que aconteceu durante muito tempo com as relações concubinárias e é o que acontece atualmente com as relações homoafetivas, que, não obstante não reguladas expressamente, não deixam de ser solucionadas pelo judiciário. Foi, também, o que aconteceu com os rumorosos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal sobre a *fidelidade partidária* (MS 26.603, rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007) e o *direito de greve dos funcionários públicos* (MI 670, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 25.10.2007), em que, a despeito do silêncio legislativo, foi "criada" a norma geral que cuidava daquelas situações concretas a ele submetidas.

Essa criatividade judicial também é bem visível na Justiça do Trabalho, quando os tribunais trabalhistas são chamados a decidir dissídios coletivos, após frustradas as tentativas de negociação extrajudicial, criando a regra geral a ser aplicada a toda categoria profissional.

Arremata Niklas Luhmann, em momento de rara clareza (que por isso mesmo merece transcrição literal): "Por essa razão, podemos compreender essa norma fundamental da atividade dos Tribunais (*Gerichtsbarkeit*) como o paradoxo da transformação da coerção em liberdade. Quem se vê coagido à decisão e, adicionalmente, à fundamentação de decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível de construção do Direito. Somente por isso não existem 'lacunas no Direito'. Somente por isso a função interpretativa não pode ser separada da função judicativa. E somente por isso o sistem jurídico pode reivindicar a competência universal para todos os problemas formulados no esquema 'Direito ou não-direito'"[22].

1.5. Jurisdição como técnica de tutela de direitos mediante um processo

(d) A jurisdição é uma das mais importantes técnicas de tutela de direitos. Todas as situações jurídicas (direitos em sentido amplo) merecem proteção jurisdicional. Marcelo Lima Guerra afirma que a jurisdição civil tem a função específica de proteger direitos subjetivos (art. 5, XXXV, CF/88)[23]. É preciso fazer uma pequena correção ou esclarecimento: "direito subjetivo" deve ser compreendido como sinônimo de situação jurídica ativa, individual ou coletiva, simples ou complexa, direito potestativo ou direito a uma prestação. Todas, sem exceção.

A tutela dos direitos dá-se ou pelo seu reconhecimento judicial (tutela de conhecimento), ou pela sua efetivação (tutela executiva) ou pela sua proteção (tutela de segurança, cautelar ou inibitória). A tutela jurisdicional dos direitos ainda pode ocorrer pela *integração* da vontade para a obtenção de certos efeitos jurídicos, como ocorre na *jurisdição voluntária*, adiante examinada.

21. LUHMANN, Niklas. "A posição dos tribunais no sistema jurídico"., cit., p. 161.
22. LUHMANN, Niklas. "A posição dos tribunais no sistema jurídico"., cit., p. 163.
23. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.* São Paulo: RT, 2003, p. 32-35.

O exercício da jurisdição pressupõe o processo prévio, em que se garantam o devido processo legal e seus corolários. Todo Poder exerce-se processualmente.

1.6. A jurisdição sempre atua em uma situação jurídica concreta

(e) É preciso perceber que a jurisdição sempre atua em uma *situação concreta*, um determinado problema que é levado à apreciação do órgão jurisdicional. A atuação jurisdicional é sempre *tópica.* O raciocínio do órgão jurisdicional é sempre *problemático*: ele é chamado a resolver um *problema concreto.*

Mesmo nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, há uma situação concreta, embora não relacionada a qualquer direito individual, submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, em que se discute a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de algum específico ato normativo.

A atividade legislativa, por exemplo, cuida de situações abstratas. Como ensina Mauro Cappelletti, "aquilo que distingue o processo jurisdicional daquele legislativo, e que faz com que a criação do Direito por obra dos Juízes permaneça bem distinta da legislação, não é, portanto, uma função abusiva de não criatividade mas, isto sim, uma particular modalidade daquele processo que se traduz na conexão da função judiciária com *cases and controversies...* "[24].

> É como afirma Carnelutti: "A legislação é uma produção do direito *sub specie* normativa, isto é, uma produção de normas jurídicas; poderíamos dizer, uma produção do preceito em série, para casos típicos, não para casos concretos. A jurisdição, pelo contrário, produz preceitos, ministra direito para cada caso singular; ousarei dizer, não trabalha para armazenar, mas por encomenda, sob medida" [25].

Essa situação concreta pode ser um conflito de interesses (lide), uma situação de ameaça de lesão a direitos (em que se requer uma tutela inbitória), situações jurídicas relacionadas exclusivamente a um indivíduo (pedidos de naturalização ou alteração de nome, por exemplo), enfim; não se pode restringir a jurisdição a um tipo de situação concreta, como a lide. Essa premissa é importante para compreender a natureza jurisdicional da *jurisdição voluntária*, examinada mais à frente.

1.7. Impossibilidade de *controle externo* da atividade jurisdicional

(f) A função jurisdicional tem por característica marcante produzir a última decisão sobre a situação concreta deduzida em juízo: aplica-se o Direito a essa situação, sem que se possa submeter essa decisão ao controle de nenhum outro poder. A jurisdição somente

24. CAPPELLETTI, Mauro. "Reflexões sobre a criatividade Jurisprudencial no Tempo presente". *Processo, ideologias e sociedade.* Elício de Cresci Sobrinho (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, v. 1, p. 17-18.
25. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito.* Antônio Carlos Ferreira (trad.). São Paulo: LEJUS, 1999, p. 147.

é controlada pela própria jurisdição. A jurisdição, como se sabe, controla a função legislativa (controle de constitucionalidade e preenchimento de lacunas) e a função administrativa (controle dos atos administrativos), mas não é controlada por nenhum dos outros poderes. À jurisdição cabe dar a última palavra, a solução final ao problema apresentado. Daniel Mitidiero percebe o ponto: a impossibilidade de controle externo é característica da jurisdição[26].

> Perceba que, mesmo nos casos de *indulto* e *anistia*, no Direito Penal, atos não jurisdicionais, não há violação da coisa julgada. O Estado, nestes casos, titular do *jus puniendi* reconhecido por decisão judicial, *renuncia* a esse Direito. Não se decide novamente a questão penal, não se podendo falar, portanto, em controle externo da decisão judicial.

1.8. Aptidão para a coisa julgada material

(g) A coisa julgada é situação jurídica que diz respeito exclusivamente às decisões jurisdicionais. Somente uma decisão judicial pode tornar-se indiscutível e imutável pela coisa julgada material.

Isso não quer dizer que só haverá jurisdição se houver coisa julgada material. A coisa julgada material é uma opção política do Estado; nada impede que o legislador, em certas hipóteses, retire de certas decisões a aptidão de ficar submetida à coisa julgada; ao fazer isso, não lhes tiraria a "jurisdicionalidade". A coisa julgada é situação posterior à decisão, não podendo dela ser sua característica ou elemento de existência: não se condiciona o "ser" por algo que, no tempo, lhe é posterior.

De fato, a característica que é exclusiva da jurisdição é a aptidão para a definitividade. Só os atos jurisdicionais podem adquirir essa definitividade, que recebe o nome de coisa julgada, situação jurídica que estabiliza as relações jurídicas de modo definitivo.

2. EQUIVALENTES JURISDICIONAIS

2.1. Generalidades

Equivalentes jurisdicionais são as formas não-jurisdicionais de solução de conflitos. São chamados de equivalentes exatamente porque, não sendo jurisdição, funcionam como técnica de tutela dos direitos, resolvendo conflitos ou certificando situações jurídicas.

Todas essas formas de solução de conflitos não são *definitivas*, pois podem ser submetidas ao controle jurisdicional.

Os principais exemplos são: autotutela, autocomposição, mediação e o julgamento de conflito por tribunais administrativos (solução estatal não jurisdicional de conflitos).

26. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 83.

A arbitragem não é encarada, neste *Curso*, como um *equivalente jurisdicional*. Entende-se que se trata de exercício de jurisdição por autoridade não-estatal. *Não* é equivalente jurisdicional porque é jurisdição. O tema será desenvolvido mais à frente.

2.2. Autotutela

Trata-se de solução do conflito de interesses que se dá pela imposição da vontade de um deles, com o sacrifício do interesse do outro. Solução egoísta e parcial do litígio. O "*juiz da causa*" é uma das partes.

> "La autodefensa se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto (tratése de persona individual, asociación obrera o patronal, consorcio económico, partido politico oficial, profésion o cuerpo, Estado nacional etc.), y aun a veces los dos, como en el duelo on en la guerra, resuelvem o intentam resolver el conflicto pendiente com el otro, mediante su acción directa, en lugar de servise de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso".[27]

Trata-se de solução vedada, como regra, nos ordenamentos jurídicos civilizados. É conduta tipificada como crime: exercício arbitrário das próprias razões (se for um particular) e exercício arbitrário ou abuso de poder (se for o Estado). Como mecanismo de solução de conflitos, entretanto, ainda vige em alguns pontos do ordenamento. Como hipótese excepcional, diz Niceto Alcalá-Zamora y Castilho, a autodefesa é um conceito negativo ou por exclusão.[28]

São exemplos: a legítima defesa, o direito de greve, o direito de retenção, o estado de necessidade, o privilégio do poder público de executar os seus próprios atos,[29] a guerra etc. Em qualquer caso, é passível de controle posterior pela solução jurisdicional, que legitimará ou não a defesa privada. Ainda se justifica, em alguns casos, pela impossibilidade de o Estado-juiz estar presente sempre que um direito esteja sendo violado ou prestes a sê-lo e pela ausência de confiança de cada um no altruísmo alheio.

2.3. Autocomposição

É a forma de solução do conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio. É a solução altruísta do litígio. Considerada, atualmente, como legítimo meio alternativo

27. *Proceso, autocomposición y autodefensa.* México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1991, p. 50.
28. *Proceso, autocomposición y autodefensa.* México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1991, p. 47.
29. Auto-executoriedade é um dos atributos do ato administrativo. Consiste na possibilidade que certos atos ensejam de imediata e direta execução pela própria administração, independentemente de ordem judicial. No direito privado, a exceção é a autotutela; a execução sem título. Aqui, não. É o que os franceses chamam de *privilège d'action d'office* ou *privilège du préalable.* Seria o seguinte desdobramento: exigibilidade (*préalable*), pela qual a Administração toma decisões executórias criando a obrigação para o particular sem necessitar preliminarmente ir a juízo; executoriedade (privilégio da ação de ofício), que permite à Administração executar diretamente a sua decisão pela força (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 193-194.).

de pacificação social. Avança-se no sentido de acabar com o dogma da exclusividade estatal para a solução dos conflitos de interesses. Pode ocorrer fora ou dentro do processo jurisdicional.

Autocomposição é o gênero, do qual são espécies: *a) Transação:* concessões mútuas; *b) Submissão* de um à pretensão do outro: reconhecimento da procedência do pedido; *c) Renúncia* da pretensão deduzida.

Há um incremento do prestígio da autocomposição como forma de solução de conflitos. Basta ver, por exemplo: a) a estrutura do procedimento trabalhista, pautado na tentativa de conciliação; b) o atual inc. IV do art. 125, CPC, que determina ao magistrado o dever de tentar conciliar as partes a qualquer tempo; c) os Juizados Especiais, também estruturados para a obtenção da solução autocomposta; d) a possibilidade de transação penal; e) a inclusão de uma audiência preliminar de tentativa de conciliação no procedimento ordinário (art. 331 do CPC), sendo possível, ainda, a inclusão no acordo judicial de matéria estranha ao objeto litigioso (art. 475-N, III, CPC); f) a possibilidade de homologação do acordo extrajudicial, transformando-o em título executivo judicial (art. 475-N, V, CPC, e art. 57, Lei Federal n. 9.099/1995).

2.4. Mediação

A mediação é uma técnica não-estatal de solução de conflitos, pela qual um terceiro se coloca entre os contendores e tenta conduzi-los à solução autocomposta. O mediador é um profissional qualificado que tenta fazer com que os próprios litigantes descubram as causas do problema e tentem removê-las. Trata-se de técnica para catalisar a autocomposição.

> "A mediação é uma técnica de resolução de conflitos não-adversarial que, sem imposições de sentenças ou laudos e, com profissional devidamente preparado, auxilia as partes a acharem os seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo onde as duas partes ganhem".[30]

O Ministério da Justiça apresentou, em setembro de 2003, anteprojeto que regulamenta a mediação no direito brasileiro, resultado da harmonização de duas propostas legislativas: o Projeto de Lei n. 94, de 2002, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, e o anteprojeto de Lei do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Escola Nacional da Magistratura. De acordo com esse projeto, haverá duas espécies de mediação: a) a *prévia,* que é opcional; b) *incidental*, cuja tentativa é obrigatória, e que terá lugar sempre que for distribuída a demanda, excepcionadas algumas hipóteses (mais ou menos o que se faz atualmente em litígios de família, inicialmente submetidos a uma câmara de conciliação). O Projeto prevê que, em causas de família, haja co-mediação, com a participação de psiquiatra, psicólogo e assistente social. Recomenda-se a leitura da íntegra do anteprojeto de lei, que pode ser consultada no sítio do ministério da justiça (www.mj.gov.br).

30. SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação.* São Paulo: Paulistanajur, 2004, p. 13.

2.5. Julgamento de conflitos por tribunal administrativo (solução estatal não-jurisdicional de conflitos)

Há diversos tribunais administrativos que julgam conflitos.

O Tribunal Marítimo é um deles, cujo âmbito de competência abrange, por exemplo, a decisão sobre acidentes de navegação. Note-se que, embora se trate de órgão auxiliar do Poder Judiciário, a Lei Federal n. 2.180/1954 expressamente menciona que esse Tribunal tem "jurisdição em todo território nacional": "Art. 1º – O Tribunal Marítimo, com jurisdição em todo o território nacional, órgão autônomo, auxiliar do Poder Judiciário, vinculado ao Ministério da Marinha no que se refere ao provimento de pessoal militar e de recursos orçamentários para pessoal e material destinados ao seu funcionamento, tem como atribuições julgar os acidentes e fatos da navegação marítima, fluvial e lacustre e as questões relacionadas com tal atividade, especificadas nesta Lei".

Não se trata, porém, de órgão jurisdicional: "suas decisões constituem somente elemento de prova em ação judicial, com presunção relativa (*iuris tantum*) de certeza. Manifesta-se quanto a responsabilidades técnica por acidentes de navegação".[31] É o que está prescrito no art. 18 da Lei Federal n. 2.180/1954: "As decisões do Tribunal Marítimo, quanto a matéria técnica referentes aos acidentes e fatos de navegação têm valor probatório e se presumem certas, sendo porém suscetíveis de reexame pelo Poder Judiciário".

> Confira o art. 13, I, da Lei Federal n. 2.180/1954: "Art. 13 – Compete ao Tribunal Marítimo: I – julgar os acidentes e fatos da navegação: a) definindo-lhes a natureza e determinando-lhes as causas, circunstâncias e extensão; b) indicando os responsáveis e aplicando-lhes as penas estabelecidas nesta lei;(...)"

Registre-se, porém, que o Tribunal Marítimo pode funcionar como juízo arbitral, e, portanto, possuir atribuição jurisdicional, se assim for constituído pelos interessados, em litígios patrimoniais conseqüentes a acidentes ou fatos da navegação (art. 16, "f", da Lei Federal n. 2.180/1954).

Raciocínio análogo pode ser aplicado às decisões do Tribunal de Contas, que, do mesmo modo, não exerce função jurisdicional, nem mesmo quando, por exemplo, julga as contas prestadas pelos agentes públicos (art. 71, II, CF/88). Sua atividade é eminentemente administrativa e, sobretudo, fiscalizatória.

Trata-se de órgão auxiliar do Poder Legislativo. Prova disso está no art. 71, §3º, da Constituição Federal, que afirma que as decisões do Tribunal de Contas da União de que resulte a imputação de débito ou multa têm eficácia de *título executivo extrajudicial.* Seguindo um mau vezo comum na linguagem legislativa, a CF/88, ao referir ao Tribunal de Contas da União, determina que ele terá "jurisdição em todo o território nacional". Na verdade, exercerá ele as suas funções administrativas em todo território nacional.

31. NERY JR, Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado.* 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 279.

Justamente por isso, as decisões dos Tribunais de Contas podem ser revistas pelo Poder Judiciário.

Não obstante isso, há *processo* perante o Tribunal de Contas, de natureza administrativa, pelo qual questões serão decididas por heterocomposição; e, sendo assim, a cláusula do devido processo legal deve ser observada.[32]

Situação semelhante ocorre com as agências reguladoras.

As agências reguladoras, entidades autárquicas que cuidam da regulação da atividade econômica, embora entes da administração indireta, possuem, além de outras tipicamente executivas, funções de criar regras jurídicas gerais (poder normativo regulador da atividade econômica) e de compor conflitos de natureza econômica (função reguladora judicante). Interessa, agora, essa última função.

A Agência Nacional de Petróleo tem a competência para fixar o valor e a forma de pagamento da remuneração ao proprietário dos dutos de transporte, caso não haja acordo entre as partes (art. 58, § 1°, Lei Federal n. 9.478/1997). A Agência Nacional de Energia Elétrica tem competência para decidir os conflitos entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e os consumidores (art. 3° da Lei Federal n. 9.427/1996).

As agências reguladoras têm o poder de dirimir conflitos. Sucede que essa *heterocomposição*, embora formalmente bem parecida com a solução jurisdicional, é apenas um equivalente jurisdicional, na medida em que é possível submeter ao Judiciário o

32. "I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1° e 2°). O Tribunal de Contas da União – embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis. Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade. Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, *a fortiori*, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase-jurisdicional. A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a 'ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3°, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente'. A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão". (STF, Pleno, MS n. 23550/DF, rel. Min. Marco Aurélio, publicado no DJ de 31-10-2001, p. 6).

controle das suas decisões, tanto sob o aspecto formal, mas também sob o aspecto substancial (por ofensa ao devido processo legal substancial, por exemplo, ou ao princípio da isonomia).[33]

> Há quem veja no caso uma *função reguladora judicante*, de natureza jurisdicional ou, ao menos, "quase-jurisdicional".[34] A decisão da agência reguladora constitui "hipótese típica de ato administrativo".[35] Ao analisar o caráter do CADE de órgão 'quase-judicial', Fábio Ulhoa Coelho não titubeia: "Mas a solenidade com que procura revestir seus julgamentos e o detalhamento legislativo da disciplina de tramitação de seus processos administrativos não são fatores suficientes para alterar a qualidade jurídica dos atos emanados do CADE. A sua natureza é igual à dos atos emanados dos demais órgãos administrativos".[36]

O exemplo do CADE também é paradigmático.

Ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica cabe, por exemplo, decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; III – decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça; IV – decidir os recursos de ofício do Secretário da SDE; V – ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; VI – aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do compromisso de desempenho, bem como determinar à SDE que fiscalize seu cumprimento; VII – apreciar em grau de recurso as medidas preventivas adotadas pela SDE ou pelo Conselheiro-Relator (art. 7° da Lei Federal n. 8.884/1994, incisos II, III, IV, V, VI e VII). Essa função "judicante" é tão marcante que, no art. 3° da Lei Federal n. 8.884/1994, o legislador chega a reputar o CADE uma autarquia "judicante", com "jurisdição" em todo território nacional.

A decisão de conflito por tribunal administrativo é exemplo de *equivalente jurisdicional*, pois, embora se trate de solução por *heterocomposição* dada por um *sujeito imparcial* diante de uma situação *concreta*, faltam-lhe os atributos da *aptidão para a coisa julgada material* e da *insuscetibilidade de controle externo*, indefectíveis da atividade jurisdicional.

33. Sobre o controle judicial das decisões das agências reguladoras de um modo geral, com profundidade e extensão, GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*, cit., p. 247-346. Especificamente em relação às decisões do CADE, BRUNA, Sérgio Varela. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: RT, 1997, p. 151; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 25-26; MENDES, Conrado Hübner. "Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo Parâmetros de Discussão". *Direito Administrativo Econômico*. Carlos Ari Sundfeld (coord.) São Paulo: Malheiros, 2000, p. 130-131.

34. Sobre a polêmica, GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 125-127. Há quem considere essa atividade como jurisdicional, mas reconheça a possibilidade de controle de suas decisões perante o Poder Judiciário (PAULA, Daniel Giotti de. "Aplicação do CPC e dos princípios processuais nos processos junto ao CADE". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 55, p. 33).

35. GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*, cit., p. 143

36. COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro — Comentários à Lei 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 12.

3. ARBITRAGEM

É técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e "imparcial" (porque não feita pelas partes diretamente) do litígio. É, portanto, *heterocomposição*. "Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados".[37]

Não há qualquer vício de inconstitucionalidade na instituição da arbitragem, que não é compulsória; trata-se de opção conferida a pessoas capazes para solucionar problemas relacionados a direitos disponíveis. Não se admite arbitragem em causas penais. Ademais, a Emenda Constitucional n. 45/2004 consagra a arbitragem em nível constitucional, no âmbito trabalhista (art. 114, §§ 1º e 2º, CF/88).

A arbitragem, no Brasil, é regulamentada pela Lei Federal n. 9.307/96. Pode ser constituída por meio de um negócio jurídico denominado convenção de arbitragem que, na forma do art. 3º da Lei n. 9.307/96, compreende tanto a cláusula compromissória como o compromisso arbitral. *Cláusula compromissória* é a convenção em que as partes resolvem que as divergências oriundas de certo negócio jurídico serão resolvidas pela arbitragem, prévia e abstramente; as partes, antes do litígio ocorrer, determinam que, ocorrendo, a sua solução, qualquer que seja ele, desde que decorra de certo negócio jurídico, dar-se-á pela arbitragem. *Compromisso arbitral* é o acordo de vontades para submeter uma controvérsia concreta, já existente, ao juízo arbitral, prescindindo do Poder Judiciário. Trata-se, pois, de um contrato, por meio do qual se renuncia à atividade jurisdicional, relativamente a uma controvérsia específica e não simplesmente especificável. Para efetivar a cláusula compromissória, é necessário que se faça um compromisso arbitral, que regulará o processo arbitral para a solução do conflito que surgiu.

> O STF declarou, *incidenter tantum*, no julgamento da homologação de sentença estrangeira SE 5.206-7, em 12.12.2001, a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º; do artigo 7º e seus parágrafos (efetivação da cláusula compromissória); do artigo 41, das novas redações atribuídas ao artigo 267, inciso VII, e ao artigo 301, inciso IX, do código de processo civil; e do artigo 42, todos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Eis algumas características da arbitragem no direito brasileiro: a) há a possibilidade de escolha da norma de direito material a ser aplicada (art. 2º, §§1º e 2º): as partes podem escolher qual a regra a ser aplicável, podendo ainda convencionar que o julgamento se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio; b) árbitro (art. 13, Larb): dois são os requisitos exigidos pela lei para o exercício das funções de árbitro: ser pessoa física e ser capaz. Os árbitros têm o *status* de juiz de direito e de fato, sendo equiparados aos servidores públicos para efeitos

37. CINTRA, Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

penais; c) desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral (art. 31, Larb), que produz efeitos imediatamente; d) a sentença arbitral é título executivo judicial (art. 31, Larb; art. 475-N, IV CPC): o árbitro pode decidir, mas não tem poder para tomar nenhuma providência executiva; também não é possível a concessão de provimentos de urgência, que exigem atividade executiva para serem implementados (art. 22, 4º, Larb); e) possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais produzidas no exterior (art. 34 e segs., Larb).

Discute-se, atualmente, a possibilidade de arbitragem nos contratos administrativos, principalmente naqueles relacionados a atividades econômicas submetidas à regulação estatal (telecomunicações, art. 93, XV, da Lei Federal n. 9.472/1997; exploração de petróleo e gás natural, art. 43, inciso X, da Lei Federal n. 9.478/1997) e às parcerias público-privadas.[38]

Mas não é só.

Há possibilidade de controle judicial da sentença arbitral, mas apenas em relação à sua validade (arts. 32 e 33, *caput*, Larb). Não se trata de revogar ou modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito, por entendê-la injusta ou por errônea apreciação da prova pelos árbitros, senão de pedir sua anulação por vícios formais. Trata-se de uma espécie de "ação rescisória" de sentença arbitral, que deve ser ajuizada no prazo de noventa dias após o recebimento da intimação da sentença arbitral ou de seu aditamento (art. 33, § 1º, Larb). Note que esta ação rescisória apenas se funda em *error in procedendo*, não permitindo a rediscussão do quanto foi decidido.

A decisão arbitral fica imutável pela coisa julgada material. Poderá ser invalidada a decisão, mas, ultrapassado o prazo nonagesimal, a coisa julgada torna-se soberana. É por conta desta circunstância que se pode afirmar que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como conseqüência do exercício do direito fundamental de auto-regramento (autonomia privada).

LUIZ GUILHERME MARINONI apresenta, porém, diversos argumentos contrários à natureza jurisdicional da arbitragem.[39]

Afirma o autor que a arbitragem é manifestação da autonomia da vontade e a opção por árbitro implica renúncia à jurisdição, tanto que essa escolha só pode ser feita por pessoas capazes e para tutela de direitos patrimoniais disponíveis. Não parece que essa constatação exclua a natureza jurisdicional da arbitragem. Ao escolher a arbitragem, o jurisdicionado não renuncia à jurisdição; renuncia, isso sim, à jurisdição exercida pelo Estado. É possível afirmar que a jurisdição é monopólio do Estado, mas não é correto dizer que há monopólio de seu exercício. O Estado brasileiro autoriza, não só pela Lei,

38. Sobre o tema, com amplas referências, o excelente artigo de OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. "A arbitragem e as parcerias público-privadas". Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf, consultado em 08.08.2007, às 14h36.

39. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 147 e segs.

mas também em nível constitucional (art. 114, §§ 1º e 2º, CF/88), o exercício da jurisdição por juízes privados. Perceba-se, ainda, que, ao escolher a arbitragem, os indivíduos não estão abrindo mão das suas garantias processuais básicas e indispensáveis (os corolários do devido processo legal), porquanto deva o árbitro respeitar todas elas, sob pena de invalidade de sua decisão.

Ao prosseguir em sua argumentação, MARINONI defende que a jurisdição só pode ser exercida por pessoa devidamente investida na autoridade de juiz, sendo indispensável que tenha prestado concurso público – nos termos do art. 93, I da Constituição Federal –, e esse poder é indelegável. Não haveria possibilidade de delegação de poderes atribuídos pela própria Constituição para um árbitro privado. Sucede que a jurisdição não é função exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, pois, p. ex., induvidosamente há órgãos do Poder Legislativo que podem exercer funções jurisdicionais (ex.: quando Senado julga o presidente por crimes de responsabilidade, cf. art. 52, I, CF). E não há que se falar em delegação de poderes, pois os árbitros não tomam do Estado o exercício da jurisdição pública, mas, sim, exercem um tipo especial de jurisdição privada, autorizada pelo Estado. Relembre-se, também, que nem todo magistrado investe-se na função jurisdicional por meio de concurso. Ministros de tribunais superiores são, por exemplo, nomeados pelo Presidente da República. A investidura do árbitro dá-se pela sua designação no compromisso arbitral. Não há delegação aí. Haveria se o árbitro, uma vez indicado, delegasse a função a outro sujeito ou se o juiz estatal, uma vez provocado, transferisse, sem convenção de arbitragem, o julgamento da causa a um juiz privado.

Diz o processualista paranaense, ainda, que uma das garantias mais importantes do cidadão frente à jurisdição é o princípio do juiz natural, que assegura a independência e imparcialidade dos juízes (art. 95, I, II, III, IV e V, e parágrafo único, CF/88), que devem ter a sua competência pré-definida por lei. Ocorre que também a Lei de Arbitragem assegura um juiz imparcial (art. 21, §2º, Lei Federal 9.307/1996), o que de resto é garantia constitucional aplicável a qualquer tipo de processo (estatal ou não-estatal). Demais disso, o árbitro deve ser pessoa de confiança de ambas as partes, pré-definido por elas mesmas em ato de natureza normativa e negocial (convenção de arbitragem), o que faz pressupor que será sujeito independente e imparcial. A competência do árbitro é delimitada pela convenção de arbitragem que, como norma jurídica que é, embora negocial, é a "lei prévia" exigida para garantir a efetividade do princípio do juiz natural.

Um outro argumento contrário à natureza jurisdicional da arbitragem é o fato de o árbitro não poder executar as suas decisões. A questão, aqui, é de incompetência e não de falta de jurisdição: a lei, ao permitir a arbitragem, investe-lhe em competência apenas para certificar direitos, não para efetivá-los. Basta lembrar, por exemplo, da execução penal: normalmente, o juiz da execução não é o mesmo juiz que proferiu a sentença penal condenatória (art. 65 da Lei Federal n. 7.210/1984). A circunstância de o juiz não ter, neste caso, poder executivo não significa que não esteja investido da função jurisdicional. Falta-lhe, apenas, competência funcional.

Aduz o autor, ainda, que a arbitragem só serve para tutela de direitos patrimoniais disponíveis, restringindo-se à "classe bastante restrita da população", que pode pagar pelos

seus custos, e para a solução de contendas que dizem respeito ao mundo empresarial, repleto de peculiaridades técnicas desconhecidas pelos juízes estatais, mas conhecidas pelos árbitros que escolhem. Parece, contudo, que não é esse um argumento contra a natureza jurisdicional da arbitragem. Trata-se de uma correta análise do panorama brasileiro de utilização da arbitragem. Não há impedimento que pessoas economicamente menos favorecidas utilizem a arbitragem como técnica de solução dos seus conflitos, tanto que é prevista a possibilidade de sua instituição na Lei de Juizados Especiais (art. 24, Lei n. 9.099/1995).

DANIEL MITIDIERO afirma que a arbitragem não é jurisdição, pois a validade de suas decisões pode ser controlada pelo Poder Judiciário ("outra estrutura que não aquela que lhe deu origem").[40] Assim, como uma das características da jurisdição é, como visto, exatamente a impossibilidade de revisão externa das suas decisões, a decisão arbitral não seria jurisdicional. O argumento só é válido se se partir da premissa de que o árbitro não é juiz e, pois, a decisão do juiz estatal pertence a "outra estrutura"; ou seja, para que a conclusão seja correta, ela mesma precisa ser a sua própria premissa. Quando a conclusão é igual à premissa (como o árbitro não é juiz, e a sua decisão pode ser controlada por um juiz, então ele não é juiz), há tautologia. Se se partir de outra premissa, a de que o árbitro exerce jurisdição, a possibilidade de controle da validade de suas decisões pelo juiz estatal seria uma questão de distribuição de competência funcional: um órgão decide, outro controla a validade da decisão, como já acontece com a competência recursal e a competência para processar e julgar ação rescisória de sentença, atribuídas a órgãos distintos daquele que proferiu a decisão que se busca desconstituir.

Some-se a tudo isso o fato de que só podem optar pela arbitragem os sujeitos capazes, titulares de direitos patrimoniais e disponíveis, que desejem fazê-lo. Trata-se de manifestação de sua autonomia privada, direito potestativo fundamental decorrente do direito à liberdade.

É preciso, porém, fazer um alerta: cláusula contratual que imponha arbitragem compulsória em contrato de adesão, principalmente quando as partes contratantes não estão em igualdade de condições no momento de celebração do negócio, é abusiva, podendo, pois, ser invalidada. Nesse sentido é o art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor: "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem".

4. PRINCÍPIOS INERENTES À JURISDIÇÃO

4.1. Investidura

A jurisdição só será exercida por quem tenha sido regularmente investido na autoridade de juiz. Sem ter sido regularmente investido na condição de juiz, ninguém poderá exercer a função jurisdicional.

40. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 88.

4.2. Territorialidade

Os magistrados só têm autoridade nos limites territoriais do seu Estado; ou seja, nos limites do território da sua jurisdição. A jurisdição, como manifestação da soberania, exerce-se sempre em um dado território.

É com base neste princípio que surge a necessidade de as autoridades judiciárias cooperarem entre si, cada uma ajudando a outra no exercício da atividade jurisdicional em seu território. Surgem as cartas, como atos de comunicação entre órgãos jurisdicionais: a maior parte dos atos de interesse ao processo, que devam ser praticados fora dos limites territoriais em que o juiz exerce a jurisdição, dependerá da cooperação do juiz do lugar. Eis as cartas precatórias (juízes de mesma hierarquia no mesmo país) e rogatórias (juízes de países diversos), conforme o caso.

O CPC mitigou o princípio da territorialidade da jurisdição em duas hipóteses: arts. 107 e 230.

No art. 107, o legislador diz que se o imóvel disputado estiver localizado em mais de uma comarca, a competência do juízo que conhecer da causa se estenderá sobre todo o imóvel, mesmo em relação àquela parte que extrapola os limites territoriais da sua jurisdição.

No art. 230, permite-se a prática de atos de simples comunicação processual (citação e intimação) em comarcas contíguas (limítrofes) ou da mesma região metropolitana, independentemente de carta precatória.

Não se pode confundir a territorialidade da jurisdição com o lugar onde a decisão irá produzir efeitos. A decisão judicial produzirá efeitos onde tiver de produzi-los: uma decisão brasileira pode produzir efeitos no Japão, basta que se tomem as providências para a sua homologação em território japonês; um divórcio feito em Salvador produzirá efeitos em todo território nacional, pois o casal divorciado não deixa de sê-lo em Lauro de Freitas, comarca contígua a Salvador, nem mesmo em território pernambucano, outro Estado da federação; uma decisão que determine que a União tome determinadas providências em aeroportos internacionais produzirá efeitos em todos os aeroportos internacionais do Brasil, e não somente naquele que esteja no território do juiz prolator da decisão. Enfim, o lugar onde a decisão tem de ser proferida não se confunde com o lugar em que ela deve produzir efeitos. Isso é fundamental para compreender o art. 16 da Lei de Ação Civil Pública (n. 7.347/85), estudado no capítulo dedicado à competência coletiva, no v. 4 deste Curso.

4.3. Indelegabilidade

O exercício da função jurisdicional não pode ser delegado. Não pode o órgão jurisdicional delegar funções a outro sujeito. Essa vedação se aplica integralmente no caso de poder decisório: não é possível delegar o poder decisório a outro órgão, o que implicaria derrogação de regra de competência, em violação à garantia do juiz natural. Há, porém, hipóteses em que se autoriza a delegação de outros poderes judiciais, como o poder instrutório, o poder diretivo do processo e o poder de execução das decisões.

É possível, por exemplo, a expedição pelos tribunais de *cartas de ordem* aos juízes a eles vinculados, solicitando algumas providências (ver, por exemplo, art. 492 do CPC).

Nas cartas precatórias não há delegação, pois sequer há competência (parcela de jurisdição) a ser delegada, pois o juiz, ao pedir a cooperação, simplesmente o faz porque não pode agir, daí porque também não poderia delegar.

Permite-se ao STF delegar atribuições para a prática dos atos processuais (art. 102, I, "m", CF/88) relacionados à execução dos seus julgados. Essa delegação deve ser feita a juízes de primeira instância[41] e somente pode dizer respeito à prática de atos executivos, jamais decisórios.[42] "Qualquer incidente do processo executivo que demande julgamento deve, conseqüentemente, ser submetido à apreciação do tribunal".[43] Ao *Superior Tribunal de Justiça* compete processar e julgar originariamente as causas previstas no art. 105, I, da CF/88, que, diversamente do que ocorre em relação ao STF, não prevê expressamente a competência para a execução de seus julgados, que deve ser considerada como *implícita* (*implied power*) – sobre competência implícita, ver o capítulo deste *Curso* sobre competência.

O inciso XI do art. 93 da CF/88 autoriza a *delegação* da competência do Tribunal Pleno para o órgão especial deste mesmo Tribunal: "Nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno". O Tribunal Pleno compõe-se da totalidade dos membros do tribunal, independentemente da antiguidade. Trata-se de delegação *permitida* pela Constituição Federal, que "depende de ato dos delegantes, consubstanciado nas normas de criação do órgão da sua competência. Matérias excluídas dessas normas só poderão ser entregues ao órgão especial por delegação específica".[44]

É preciso lembrar, ainda, a regra do inciso XIV do art. 93 da CF/88, que expressamente permite a delegação, a serventuário da justiça, do poder de praticar atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório. Trata-se de regra introduzida no texto constitucional pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que segue uma tendência que já se anunciava no texto do § 4º do art. 162 do CPC: "Os atos meramente ordinatórios, como a

41. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros Ed., 2004, t. 4, p. 101; ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 183.
42. "Seria absurdo que, em causa de sua competência *originária,* o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça ou qualquer outro tribunal ficasse vinculado a decisões proferidas por autoridade judiciária inferior, ou que só pudesse modificá-las se houvesse *recurso*. Bem se vê que delegação dessa natureza importaria comprometimento desmesurado da competência originária" (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 121).
43. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil,* v. 8, cit., p. 121. A propósito, o art. 343 do RISTF e art. 304 do RISTJ.
44. BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 34.

juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários". O inusitado desta alteração constitucional é a introdução, no texto da Carta Maior, de regra sem conteúdo constitucional (trata-se de regra, agora, apenas topologicamente constitucional).

Tanto atos jurisdicionais não-decisórios quanto atos administrativos[45] podem ser delegados.

> São exemplos de atos que podem ser delegados: intimação obrigatória do Ministério Público, vista de documentos à parte adversária a que os juntou etc.

4.4. Inevitabilidade

As partes hão de submeter-se ao quanto decidido pelo órgão jurisdicional. Tratando-se de emanação do próprio poder estatal, impõe-se a jurisdição por si mesma. A "...situação de ambas as partes perante o Estado-juiz (e particularmente a do réu) é de sujeição, que independe de sua vontade e consiste na impossibilidade de evitar que sobre elas e sobre sua esfera de direitos se exerça a autoridade estatal.[46]

4.5. Direito fundamental à inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário

Prescreve o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal do Brasil: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Trata, o dispositivo, da consagração, em sede constitucional, do direito fundamental de ação, de acesso ao Poder Judiciário, sem peias, condicionamentos ou quejandos, conquista histórica que surgiu a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição. Ao criar um direito, estabelece-se o dever – que é do Estado: prestar a jurisdição. Ação e jurisdição são institutos que nasceram um para o outro.

Quando a Constituição fala de exclusão de lesão ou ameaça de lesão do Poder Judiciário quer referir-se, na verdade, à impossibilidade de exclusão de *alegação* de lesão ou ameaça, tendo em vista que o direito de ação (provocar a atividade jurisdicional) não se vincula à efetiva procedência do quanto alegado; ele existe independentemente da circunstância de ter o autor razão naquilo que pleiteia; é direito abstrato. O direito de

45. Maria Lúcia L. C. de Medeiros entende que o inciso não autoriza a delegação de poder de polícia (a presidência de uma audiência de instrução, p. ex.): "Quer-nos parecer que a menção a *atos de administração* apenas reforça a idéia contida na regra, que é a de retirar do juiz a tarefa de realizar atividades burocráticas, quase que automáticas, de impulso do processo. Desafoga-se o juiz, afastando dele essa incumbência e permitindo que melhor desempenhe as atividades jurisdicionais. Paralelamente a isso, aproveita-se mais o trabalho dos auxiliares da Justiça, comprometendo-os também na tarefa de proporcionar a todos uma atividade jurisdicional mais eficiente". ("O inciso XIV do art. 93 da CF". *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004.* Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coord.). São Paulo: RT, 2005, p. 492.

46. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido e CINTRA, Antônio Carlos Araújo Cintra. *Teoria geral do processo,* cit., p. 139.

ação é o direito à decisão judicial *tout court*. Este princípio não se dirige apenas ao Legislativo – impedido de suprimir ou restringir o direito à apreciação jurisdicional –, mas também a todos quantos desejem assim proceder, pois, "se a lei não pode, nenhum ato ou autoridade de menor hierarquia poderá" excluir algo da apreciação do Poder Judiciário.[47] Ressalve-se a situação da arbitragem, na qual os próprios contendores optam por retirar do Poder Judiciário o poder de solucionar os conflitos que advenham de determinado negócio jurídico.

A Constituição é peremptória:[48] não há matéria que possa ser excluída da apreciação do Poder Judiciário – ressalvadas raríssimas exceções por ela mesma postas, como a do processamento e julgamento de certas autoridades em certas hipóteses (art. 52, I e II, CF/88). Houve época em nossa história recente, de triste memória, em que se tentou excluir do exame do Poder Judiciário a apreciação dos atos administrativos baseados nos atos institucionais do Golpe Militar de 1964. Esta proibição surgiu com emendas à constituição manifestamente inconstitucionais, porquanto, como regras de competência, e não de potência, não poderiam violar uma garantia fundamental (direito de ação), valor superior estruturante do Poder Constituinte. Com efeito, o Ato Institucional n. 05/1968 estipulou, em seu art. 11, esta exclusão. Embora este dispositivo violasse frontalmente a Constituição de 1967 (art. 150, §4º), pela Emenda Constitucional 01/69 – para alguns, outra Constituição –, o AI 05 foi constitucionalizado, pois seus arts. 181 e 182 determinavam que se excluíssem da apreciação do Poder Judiciário todos os atos praticados pelo comando da revolução de 1964.

Também não há exigência de esgotamento de outras instâncias, administrativas ou não, para que se busque a guarida jurisdicional. Quando assim o deseja, a própria Constituição impõe este requisito, como ocorre em relação às questões esportivas, que devem ser resolvidas inicialmente perante a justiça desportiva para que, após o esgotamento das possibilidades, possam ser remetidas ao exame do Poder Judiciário.[49] É a única exceção constitucional. A Constituição passada permitia, ainda, que, em relação a algumas matérias, se impusesse o esgotamento obrigatório das instâncias administrativas antes do ingresso no Judiciário – art. 153, §4º, da CF/67, que funcionava como uma espécie de condição de procedibilidade.[50] A CF/88 não repetiu a ressalva. A mudança na redação dos dispositivos, entretanto, afasta qualquer interpretação no sentido de que esta imposição perdure nos dias

47. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *O Estado de direito e o direito de ação (a extensão do seu exercício)*, p. 73, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. Malheiros: 1999, p. 202.

48. Sobre as exceções a este princípio, encontradas ao longo da experiência republicana, WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais.* São Paulo: RT, 1980, p. 39-41.

49. Art. 217, §1º, da CF/88: "O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei."

50. Art. 153, §4º, da CF/67, com a redação da EC n. 07/1977: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se esgotem previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido."

atuais. Repita-se: a única imposição de esgotamento de vias extrajudiciais é em relação às questões desportivas. E só. Não se admite mais a chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado.[51]

Nosso sistema jurídico adota a jurisdição una.[52] Diferentemente do que ocorre em França, por exemplo, não há uma jurisdição administrativa para o conhecimento de causas originárias de atos da administração – talvez seja pela influência do direito administrativo francês que pululem concepções reticentes quanto ao controle judicial dos atos da Administração Pública. Qualquer que seja a espécie de lide, em nosso sistema, poderá ser examinada pelo Poder Judiciário. "Os Tribunais Administrativos, acaso existam nos países que adotam semelhante sistema, não proferem decisões definitivas e conclusivas".[53]

O ordenamento constitucional anterior falava apenas em proteção a direito individual. Não há mais esta limitação, pois a própria Constituição de 1988 consagrou, em diversos dispositivos, a tutela dos direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito). Com inclusão da tutela jurisdicional da ameaça – inexistente na ordem anterior, constitucionalizou-se a tutela preventiva, a tutela de urgência, a tutela contra o perigo, legitimando ainda mais a concessão de provimentos antecipatórios e cautelares. A Constituição é clara ao prescrever a tutela reparatória e a tutela preventiva. Grande evolução.

Interessante questão, que deriva desta inovação constitucional, diz respeito às leis que proíbem ou limitam a concessão de medidas de urgência – notadamente em face do Poder Público (Leis Federais nºs 4.348/64, 5.021/66, 8.437/92 e 9.494/97). No julgamento da medida cautelar na ADIN 223-DF (o inteiro teor deste acórdão é leitura obrigatória), o Supremo Tribunal Federal considerou constitucionais tais restrições, o que não impede, contudo, que o magistrado, no caso concreto que lhe for submetido, aprecie a constitucionalidade/razoabilidade da restrição.[54] A lei que restringe não é inconstitucional em tese, mas pode revelar-se com o vício supremo quando concretizada.

51. NERY JR., *Princípios...*, ob. cit., p. 96-97. Também neste sentido, posiciona-se Marcelo Abelha Rodrigues: "Questão já pacificada diz respeito à desnecessidade de esgotamento da via administrativa para o ingresso na via jurisdicional. Ainda que exista recurso ou instância administrativa não está obrigado o administrado a esgotá-la, podendo ingressar com ação para o Poder Judiciário, em respeito ao princípio constitucional do direito de ação e livre e pleno acesso à justiça." (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 58).
52. Durante a Colônia e o Império, o Brasil esteve filiado ao sistema da jurisdição dúplice, com frequente uso do contencioso administrativo. O sistema da jurisdição una foi implantado com a Constituição de 1891.
53. WATANABE, Kazuo. *Controle Jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais.* São Paulo: RT, 1980, p. 24.
54. Eis excerto do voto de Sepúlveda Pertence, nesta ADIN: "Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva".

O direito de ação pertence a todos quantos aleguem ter sido lesados em seus direitos ou que estejam em vias disso. Não apenas os indivíduos, mas também as pessoas jurídicas e algumas entidades despersonalizadas, como órgãos administrativos (PROCON, p. ex.) ou as chamadas pessoas formais (condomínio, massa falida, espólio etc.) têm o direito de formular pretensão perante o Poder Judiciário.

O conteúdo desta garantia era entendido, durante muito tempo, apenas como a estipulação do direito de ação e do juiz natural. Sucede que a mera afirmação destes direitos em nada garante a sua efetiva concretização. É necessário ir-se além. Surge, assim, a noção de tutela jurisdicional qualificada. Não basta a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a Justiça; é necessário adjetivar esta prestação estatal, que há de ser rápida, efetiva e adequada.

Esta última característica é a que aqui nos interessa: atualmente, fala-se em tutela jurisdicional adequada. O princípio da inafastabilidade garante uma tutela jurisdicional adequada à realidade da situação jurídico-substancial que lhe é trazida para solução. Ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito material.[55] É de onde se extrai, também, a garantia do devido processo legal.[56] E daí se retira o princípio da adequação do procedimento, que nada mais é do que um subproduto do princípio da adequação da tutela jurisdicional.

São estes os principais aspectos a serem ressaltados na caracterização da garantia da inafastabilidade do Poder Judiciário. São os elementos necessários para a compreensão de vários problemas que dela decorrem. Por exemplo: a) o controle jurisdicional das decisões administrativas, inclusive as proferidas por agências reguladoras (CADE, CVM etc.); b) A constitucionalidade da exigência de conciliação prévia para a instauração do processo trabalhista (manifesta inconstitucionalidade); c) Arbitragem compulsória por força de lei (não confundir com a arbitragem convencional permitida – LF 9.307/96 –, mas não imposta, pela lei).

4.6. Juiz natural

Uma das principais garantias decorrentes da cláusula do devido processo legal é a do direito fundamental ao juiz natural.

Trata-se de garantia fundamental não prevista expressamente, mas que resulta da conjugação de dois dispositivos constitucionais: o que proíbe juízo ou tribunal de exceção e o que determina que ninguém será processado senão pela autoridade competente (incisos XXXVII e LIII do art. 5º da CF/88). Trata-se essa garantia de uma conquista moderna.[57]

55. MARINONI, ob. cit., p. 204.
56. WATANABE, ob. cit., p. 30 e segs.
57. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo penal.* São Paulo: RT, 2002, p. 472.

Explica o conteúdo do princípio Luigi Ferrajoli:

> "Ela significa, precisamente, três coisas diferentes, ainda que entre si conexas: a necessidade de que o juiz seja pré-constituído pela lei e não constituído *post factum*; a impossibilidade de derrogação e a indisponibilidade das competências; a proibição de juízes extraordinários e especiais.
>
> No primeiro sentido, expresso por exemplo pelo art. 25 da Constituição italiana, o princípio designa o direito do cidadão a um processo não prejudicado por uma escolha do juiz posterior ao delito e portanto destinada a um resultado determinado. No segundo sentido, deduzível com alguma incerteza do mesmo art. 25 e do art. 102, par. 1°, designa a reserva absoluta da lei e a impossibilidade de alteração discricionária das competências judiciais. No terceiro sentido, expresso pelo art. 102, par. 1°, da Constituição, mas derrogado pelas jurisdições especiais previstas pelo art. 103, como também pela justiça política reservada pelos arts. 90 e 134 aos crimes presidenciais, trata-se de um princípio de organização que postula a unidade da jurisdição e o seu monopólio conservado em uma mesma classe. Enquanto a pré-constituição legal do juiz e a inalterabilidade das competências são garantias de imparcialidade, sendo voltadas a impedir intervenções instrumentais de tipo individual ou geral na formação do juiz, a proibição de juízes especiais e extraordinários é antes uma garantia de igualdade, satisfazendo o direito de todos a ter os mesmos juízes e os mesmos procedimentos".[58]

Juiz natural é o juiz devido. À semelhança do que acontece com o devido processo legal e o contraditório, o exame do direito fundamental ao juiz natural tem um aspecto objetivo, formal, e um aspecto substantivo, material.

Formalmente, juiz natural é o juiz competente de acordo com as regras gerais e abstratas previamente estabelecidas. Não é possível a determinação de um juízo *post facto* ou *ad personam*. A determinação do juízo competente para a causa deve ser feita por critérios impessoais, objetivos e pré-estabelecidos. *Tribunal de exceção* é aquele designado ou criado, por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso. Os juízes de exceção são juízes *ad hoc* e estão vedados.

> "...a exigência de pré-constituição do órgão jurisdicional competente, entendendo-se este como o agente do Poder Judiciário, política, financeira e juridicamente independente, cuja competência esteja previamente delimitada pela legislação em vigor. Só mesmo as modificações de competência através de normas regularmente editadas, bem como as substituições previstas em lei, o desaforamento e a prorrogação da competência, é que, na oportuna advertência de José Frederico Marques, 'não entram em colisão com a aludida garantia', até porque – complementa – efetivados em regime de estrita legalidade".[59]

Substancialmente, a garantia do juiz natural consiste na exigência da imparcialidade e da independência dos magistrados. Não basta o juízo competente, objetivamente capaz, é necessário que seja imparcial, subjetivamente capaz.

58. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo penal.* São Paulo: RT, 2002, p. 472.
59. TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e Processo.* São Paulo: Saraiva, 1989, p. 30.

> Ratificando o aspecto *substancial* do princípio do juiz natural, o STF entendeu, em 1993, que não havia "juiz natural" no Estado de Roraima para julgar ação popular em que eram réus todos os desembargadores do Tribunal de Justiça deste Estado, porquanto todos os juízes de direito que existiam à época (apenas seis) eram recém-empossados e, assim, ainda não haviam adquirido vitaliciedade, não possuindo a independência necessária para conduzir o processo e julgar a referida ação popular: "Ora, estando os juízes de 1° grau da Justiça de Roraima ainda em estágio probatório, assim sem a garantia de vitaliciedade, dependentes justamente daqueles que irão julgar – todos os desembargadores são réus na ação popular –, não há, no Estado de Roraima, possibilidade de realização do devido processo legal, dado que um dos componentes deste, o juiz natural, conceituado este como juiz com garantias de independência, juiz imparcial, juiz confiável, não existe, no caso". (STF, Pleno, Rcl n. 417, rel. Min. Carlos Velloso, j. 11.03.1993, publicado no DJ de 16.04.1993).

As regras de distribuição servem exatamente para fazer valer a garantia do juiz natural: estabelecem-se critérios prévios, objetivos, gerais e aleatórios para a identificação do juízo que será o responsável pela causa. É por isso que o desrespeito às regras da distribuição por dependência implica incompetência absoluta. Não se desconhecem as tentativas de "escolha" do juiz, quer com a postulação em períodos de recesso ou em plantões, com a ciência de qual tal juiz será o responsável pela decisão, quer com a burla ao sistema informatizado de distribuição.

Proíbem-se, portanto, o poder de comissão (criação de juízos extraordinários)[60] e o poder de avocação (alteração das regras predeterminadas de competência).

> Explica a proibição do poder de avocação, Cristiane Catarina de Oliveira Ferreira: "Apenas a Constituição é que pode atribuir jurisdição, e essa não pode sofrer interferência do executivo ou do legislativo, no sentido de diminuí-la. Conseqüência é que não é possível deixar ao executivo possibilidade de substituição de juízes ou interferir na atividade jurisdicional dos órgãos judiciários.[61]
>
> E arremata Luigi Ferrajoli: "...o problema do juiz natural relaciona-se, hoje, essencialmente, ao poder de avocação, isto é, ao perigo de prejudiciais condicionamentos dos processos através da designação hierárquica dos magistrados competentes para apreciá-los, sejam judicantes ou inquiridores; e que o único modo de satisfazer plenamente o princípio é pré-constituir por lei critérios objetivos de determinação da competência de cada magistrado singularmente, e não só dos órgãos a que eles pertencem".[62]

Mas não é só.

60. "Polemizando com os abusos da justiça comissarial, os pontos 3, 7, 8 e 9 da *Petition of Rights* de 1628, e ainda o art. 3 do *Bill of Rights* de 1689, reivindicam pela primeira vez a não derrogação da 'justiça ordinária' e, com isto, a nulidade de qualquer 'comissão' ou 'comissário real' instituído *post factum*, por causa do seu caráter ilegal e pernicioso" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, cit., p. 472).
61. "Visão atual do princípio do juiz natural". *Processo e constituição.* Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 104.
62. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo penal.* São Paulo: RT, 2002, p. 474.

Não viola o princípio do juiz natural a criação de varas especializadas, as regras de competência determinada por prerrogativa de função, a instituição de Câmaras de Férias em tribunais, porque em todas essas situações as regras são gerais, abstratas e impessoais.

> "Uma vez respeitada a regra de competência constitucional que define o Tribunal de Justiça como o juiz natural dos Prefeitos Municipais, nas causas de índole penal, nada impede que o Estado-membro – que possui atribuição privativa para dispor sobre organização judiciária local – venha a prescrever que o julgamento das ações penais originárias seja realizado pelo Pleno do Tribunal de Justiça, ou por qualquer de seus órgãos fracionários". (STF, 1ª. T., AI n. 177.313/MG, rel. Min. Celso de Mello, j. 23.04.1996.)

Antes da EC n. 45, que alterou constitucionalmente o Poder Judiciário, o art. 126 da CF/88 tinha a seguinte redação: "Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça designará juízes de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias". Uma interpretação apressada poderia dizer que o artigo autorizava o poder de avocação, transferindo ao tribunal a tarefa de "designar" o juiz que julgaria as questões agrárias. A redação do artigo foi bastante melhorada com a emenda constitucional, deixando clara a necessidade de respeito à garantia do juiz natural: "Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias".

Fala-se em princípio do promotor natural, já que a Constituição refere-se a "autoridade competente".[63] Defendemos, na verdade, que a garantia do juiz natural se espraia, inclusive, para o âmbito administrativo: a) em tribunais administrativos, os juízes devem ser determinados com a observância dos critérios aqui apontados; b) em repartições administrativas, as autoridades responsáveis pela decisão de requerimentos também devem ser designadas por critérios objetivos e impessoais.

5. A JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

5.1. Generalidades

Também chamada de jurisdição integrativa, a jurisdição voluntária é um daqueles assuntos clássicos da dogmática processual, que acirra os ânimos doutrinários, sobre o qual, depois de tanto tempo, é difícil saber o que de definitivo já se construiu. Já se disse, inclusive, que a jurisdição voluntária nem é jurisdição nem é voluntária.

Por conta disso, adotamos a seguinte metodologia para a exposição do tema: primeiramente, cuidaremos das características gerais da jurisdição voluntária, aceitas com razoável tranquilidade em nível doutrinário; depois, examinaremos, separadamente, os argumentos da corrente doutrinária que nega à jurisdição voluntária a natureza jurisdicional; finalmente, trataremos dos argumentos da corrente doutrinária que reputa a jurisdição voluntária atividade tipicamente jurisdicional.

63. Sobre o tema, amplamente, DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *O princípio do promotor natural.* Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2004.

A jurisdição voluntária é uma atividade estatal de integração e fiscalização. Busca-se do Poder Judiciário a integração da vontade, para torná-la apta a produzir determinada situação jurídica. Há certos efeitos jurídicos decorrentes da vontade humana, que somente podem ser obtidos após a integração dessa vontade perante o Estado-juiz, que o faz após a fiscalização dos requisitos legais para a obtenção do resultado almejado.

> "Jurisdição voluntária é uma modalidade de atividade estatal ou judicial em que o órgão que a exerce tutela assistencialmente interesses particulares, concorrendo com o seu conhecimento ou com a sua vontade para o nascimento, a validade ou a eficácia de um ato da vida privada, para a formação, o desenvolvimento, a documentação ou a extinção de uma relação jurídica ou para a eficácia de uma situação fática ou jurídica".[64]

> Leonardo Greco chega a dizer que o aspecto funcional da jurisdição voluntária é, exatamente, ser uma tutela estatal de interesse privado; "ou seja, a autoridade responsável deve desempenhar a função que a lei lhe atribui em caráter assistencial, ou seja, no interesse dos sujeitos aos quais se dirige o seu ato, não no interesse do Estado, nem no intuito de resolver qualquer litígio".[65]

Por isso, diz-se que a jurisdição voluntária não é voluntária: não há opção. Se tais atos da vida privada só podem ser exercidos por meio da jurisdição voluntária, de voluntária ela nada tem. Leonardo Greco lembra, porém, que há situações em que a parte se dirige ao Poder Judiciário para obter uma autorização/aprovação, que não era obrigatória; em outros casos, a lei apenas permite, não impõe, a intervenção judicial, como nos casos da notificação judicial; há casos, ainda, em que o pedido sequer estava previsto, como na hipótese de um médico pedir a autorização para realizar cirurgia de emergência em uma Testemunha de Jeová.[66] Não há, portanto, uma sistematização legal da questão, embora se possa reconhecer que a regra é a da obrigatoriedade.

À jurisdição voluntária aplicam-se as garantias fundamentais do processo, necessárias à sobrevivência do Estado de Direito,[67] bem como todas as garantias da magistratura, asseguradas constitucionalmente. Em relação aos poderes processuais do magistrado, a doutrina aponta duas características da jurisdição voluntária:

a) Inquisitoriedade: doutrinadores defendem que vige, nos procedimentos de jurisdição voluntária, o princípio inquisitivo, podendo o juiz tomar decisões contra a vontade dos interessados. O magistrado, em inúmeras situações, tem a iniciativa do procedimento: arts. 1.129, 1.142, 1.160, 1.171 e 1.190, CPC (Antônio Cláudio da Costa Machado e Nelson Nery Jr.). Nelson Nery Jr. critica a nossa legislação, no particular, pois, segundo ele, é o

64. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna.* São Paulo: Dialética, 2003, p. 11.
65. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna.* São Paulo: Dialética, 2003, p. 17.
66. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna.* São Paulo: Dialética, 2003, p. 12. Em relação a esses casos não-previstos, o autor os considera como de jurisdição contenciosa (p. 42).
67. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna.* São Paulo: Dialética, 2003, p. 31.

único sistema do mundo em que os procedimentos de jurisdição voluntária começam, em regra, pela iniciativa dos interessados.

b) Possibilidade de decisão fundada em eqüidade (art. 1.109, CPC). De acordo com o art. 1.109 do CPC, pode o órgão jurisdicional, na jurisdição voluntária, não observar a legalidade estrita, decidindo de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. A regra é velha (consta do texto originário do CPC/1973) e foi criada para conferir ao órgão jurisdicional uma maior margem de discricionariedade, tanto na condução do processo quanto na prolação da decisão em jurisdição voluntária.[68] Permite-se uma espécie de juízo de equidade na jurisdição voluntária. Para a época, era uma regra bem interessante, notadamente porque estava em dissonância com o art. 126 do CPC, que determinava ao órgão jurisdicional o dever de decidir com base na legalidade. Atualmente, porém, a regra parece dizer o que já se sabe: que a atividade jurisdicional não é uma atividade de mera reprodução do texto da lei, há criatividade judicial, notadamente por conta da abertura própria dos princípios e das cláusulas gerais, espécies normativas muito comuns em nossos dias, e, sobretudo, pelo dever de observância dos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade, que exigem do órgão jurisdicional a atenção redobrada na produção da justiça do caso concreto. A regra, portanto, é boa e, em certa medida, já anunciava uma metodologia jurídica que, anos depois, veio a consolidar-se.

> Como corretamente percebeu FERNANDO GAJARDONI, o art. 1.109 do CPC estabelece uma regra geral de flexibilização procedimental, permitindo ao órgão jurisdicional a adaptação do procedimento da jurisdição voluntária às peculiaridades do caso concreto, como, por exemplo, a não-realização de determinado ato que, no caso concreto, se revela desnecessário, como o interrogatório do interditando que se encontra em coma.[69]
>
> Interessante, também, a menção a um exemplo prático de aplicação da regra na *decisão* em jurisdição voluntária. A *guarda compartilhada* dos filhos do casal foi recentemente regulamentada no Código Civil (arts. 1.583-1.584 do Código Civil, alterados pela Lei n. 11.698/2008). Não obstante isso, os magistrados sempre a admitiram, mesmo sem texto expresso de lei, na homologação de separações/divórcios consensuais que a contivessem, exatamente porque entendiam ser a solução mais justa do caso concreto. A jurisprudência antecipou-se à consagração legislativa da guarda compartilhada. O art. 1.109 do CPC exerceu, no particular, papel muito importante.

68. Admitindo apenas a discricionariedade na decisão, mas não na condução do processo, STJ, REsp n. 623.047-RJ, rel. Min. Nancy Andrighi: "Não se hesita em aplicar o art. 1109 do CPC nas ações de jurisdição voluntária típicas quando se reputar mais conveniente ou oportuna. Todavia, intangíveis são as regras processuais que cuidam do direito de defesa da parte requerida, especialmente quando se trata de ação de interdição, de caráter indisponível e que privará o interditando da administração da sua vida. Ademais, o disposto no referido artigo é direcionado a modificação das regras para decidir o processo, isto é, permite, por exemplo, ao juiz julgar com base na equidade, que nada mais é do que a solução mais adequada à situação concreta, mesmo que haja regra legal aplicável à situação. Este é o limite da afirmação legal de que o juiz não está vinculado à legalidade estrita. Assim, não se extrai do art. 1.109 do CPC autorização para que o juiz deixe de praticar os atos processuais inerentes ao procedimento, máxime quando se tratar daquele que representa o direito de defesa da parte requerida". Nesta linha, com expressa referência a esse julgado, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo.* São Paulo: RT, 2008, p. 936. Os autores admitem, porém, a "conformação do formalismo processual" se houver respeito ao contraditório e concordância de todos os interessados com a adequação do processo proposta pelo órgão jurisdicional.

69. GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental.* São Paulo: Atlas, 2008, p. 145-147.

Do ponto de vista procedimental, há regras comuns (arts. 1.103-1.111) e especiais (art. 1.113 e segs.). Instaura-se o processo por petição inicial, com atribuição de valor da causa (que, no caso, é estimado pelo autor); as despesas processuais, de acordo com o art. 24 do CPC, são antecipadas pelo requerente e rateadas entre todos os interessados; os interessados têm o prazo de dez dias para poder manifestar-se (art. 1.106 do CPC); o pedido será resolvido por sentença, que é apelável (art. 1.110 do CPC).

> "Na verdade, encerram-se por sentença os procedimentos cognitivos, que exigem do juiz um provimento declaratório ou constitutivo. Já os procedimentos meramente receptícios, probatórios ou executivos, que não visam a um provimento declaratório ou constitutivo, se encerram com o desempenho das atividades que lhes são próprias, não cabendo ao juiz proferir sentença, pois não há fatos a serem acertados, nem direitos a serem declarados ou criados. A sentença, nesses casos, não representa a entrega da prestação jurisdicional, mas a simples declaração de que a jurisdição já foi exercida e de que o respectivo procedimento está extinto".[70]

Em todo procedimento de jurisdição voluntária, por força do art. 1.105, CPC, o Ministério Público deveria ser intimado. O legislador se utiliza da expressão "citação", unanimemente considerada pela doutrina como imprópria, pois seria o caso de intimação. Há certa controvérsia na doutrina quanto à aplicabilidade genérica deste instituto: entende-se que o Ministério Público somente deve intervir, em procedimento de jurisdição voluntária, se nele houver discussão sobre direito indisponível. Segundo levantamento feito por Antônio Cláudio da Costa Machado,[71] apenas nos procedimentos de alienação, locação e administração de coisa comum e alienação de quinhão em coisa comum não se encontra o caráter da indisponibilidade dos direitos. Nestes casos, sustenta que o Ministério Público não deve intervir, pois não é de seu mister a fiscalização de direitos disponíveis.[72] Nelson Nery Jr.[73] defende, no entanto, a aplicação irrestrita do dispositivo. O STJ tem entendido com Antônio Cláudio. Há quem entenda que a intervenção do Ministério Público, em tais casos, só ocorreria quando houvesse uma conjugação entre o art. 1.105 e o art. 82 do CPC. Essa última posição é a que prevalece.

70. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna.* São Paulo: Dialética, 2003, p. 55.

71. *Código de Processo Civil Comentado.* São Paulo: RT, 2003. Art. 1.105

72. STJ, 4ª T., RESP 46770-RJ, DJ de 17/03/1997, p. 7505, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: "PROCESSO CIVIL – PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. EXTINÇÃO DE CONDOMINIO PELA VENDA DE COISAS COMUNS. NÃO-OBRIGATORIEDADE DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PUBLICO. ART. 1.105, CPC. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA COM O ART. 82, CPC. PRECEDENTE DA TURMA. RECURSO PROVIDO".

73. *Intervenção do Ministério Público no Processo Civil.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

5.2. Classificação dos procedimentos de jurisdição voluntária de Leonardo Greco[74]

Adotamos a classificação dos procedimentos de jurisdição voluntária de Leonardo Greco, que é bastante útil para a visualização do problema. O autor divide os procedimentos de jurisdição voluntária em seis espécies:

> **a) Receptícios:** a atividade judicial limita-se a registrar, documentar ou comunicar manifestações de vontade. Ex.: notificações, interpelações e protestos.
>
> **b) Probatórios:** a atividade judicial limita-se à produção da prova. Ex.: justificação. Há controvérsia sobre a produção antecipada de prova, se voluntária ou contenciosa. Greco entende que dependerá do processo principal a que sirva.
>
> **c) Declaratórios:** o magistrado limita-se a declarar a existência ou inexistência de uma situação jurídica, como nos casos da extinção de usufruto (art. 1.112, VI, do CPC), da posse em nome do nascituro (arts. 877-878 do CPC), na confirmação do testamento particular (arts. 1.130-1.133 do CPC).
>
> **d) Constitutivos:** são aqueles em que a criação, modificação ou extinção de uma situação jurídica dependem da concorrência da vontade do juiz, por meio de autorizações, homologações, aprovações etc. Exs.: interdição (art. 1.177-1.186, CPC); emancipação (art. 1.112, I, CPC); sub-rogação de gravames ou bens inalienáveis (art. 1.112, II, CPC); arrendamento ou oneração de bens de incapazes (art. 1.112, III, CPC); locação de coisa comum (art. 1.112, IV, CPC); separação consensual (art. 1.120-1.124, CPC); alvarás para a venda de bens de incapazes (arts. 39 e 1.748 do CC-2002); especialização da hipoteca legal (art. 1.205-1210, CPC); dúvidas e retificações de registros públicos (arts. 109, 198, 204 e 213 da LRP); aprovação do estatuto das fundações (arts. 1.201-1.202 do CPC); divórcio consensual e a conversão não contestada da separação em divórcio; homologação de transação sobre questão não posta em juízo (art. 57 da Lei 9.099/95); o arrolamento (arts. 1.031-1.038 do CPC); homologação do penhor legal (arts. 874-876, CPC); opção de nacionalidade (art. 4º da Lei nº 818, de 18.09.1949) e naturalização (arts. 110 a 120 da Lei nº 6.815/80).
>
> **e) Executórios:** o juiz é demandado a exercer uma atividade prática que modifica o mundo exterior. Exs.: alienação de coisas (arts. 1.112, I, IV e V, 1.113-1.119, CPC); administração de coisa comum (art. 1.112, IV, CPC); arrecadação da herança jacente (arts. 1.142-1.158, CPC); arrecadação dos bens dos ausentes (arts. 1.159-1.169, CPC); coisas vagas (arts. 1.170-1.176, CPC).
>
> **f) Tutelares:** são aqueles em que a proteção de interesses de determinadas pessoas que se encontram em situação de desamparo, como os incapazes, é confiada diretamente ao Poder Judiciário, que pode instaurar os procedimentos *ex officio*. Exs.: nomeação ou remoção de tutores/curadores (arts. 1.187-1.198 do CPC); exibição de testamento (art. 1.129 do CPC); procedimentos do ECA.

74. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna.* São Paulo: Dialética, 2003, p. 27-29.

5.3. A jurisdição voluntária como administração pública de interesses privados

Prevalece na doutrina brasileira a concepção de que a jurisdição voluntária não é jurisdição, mas administração pública de interesses privados feita pelo Poder Judiciário. Síntese deste pensamento é a concepção de Frederico Marques[75], para quem a jurisdição voluntária seria materialmente administrativa e subjetivamente judiciária. Os ensaios de Frederico Marques e Lopes da Costa são fundamentais para a compreensão desta corrente.

> Leonardo Greco informa que, para alguns autores, é possível falar em jurisdição voluntária judicial e jurisdição voluntária extrajudicial; numa judicial exercida por juízes e em outra exercida por serventuários da justiça (Alcalá-Zamora, Lopes da Costa e Frederico Marques). Habscheid falava em jurisdição voluntária desempenhada por juízes, notários e por órgãos da Administração.[76]
>
> O exercício dessas funções por órgãos estranhos ao Poder Judiciário retira o caráter jurisdicional: a) pelo aspecto subjetivo; b) pelo fato de a decisão não ser de última instância, uma vez que, por força do princípio da inafastabilidade, pode ser submetida ao controle do Poder Judiciário.

Essa construção doutrinária é um tanto tautológica. Partem da premissa de que a jurisdição voluntária não é jurisdição, porque não há lide a ser resolvida; sem lide, não se pode falar de jurisdição. Não haveria, também, *substitutividade*, pois o que acontece é que o magistrado se insere entre os participantes do negócio jurídico, não os substituindo. Porque não há lide, não há partes, só interessados; porque não há jurisdição, não seria correto falar de ação nem de processo, institutos correlatos à jurisdição: só haveria requerimento e procedimento. Porque não há jurisdição, não há coisa julgada, mas mera preclusão – fundam-se os doutrinadores, ainda, no art. 1.111 do CPC, que afirma: "A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes".

> "Todos esses critérios são imperfeitos, porque a jurisdição voluntária abrange uma variedade tão heterogênea de procedimentos, nos quais sempre vamos encontrar o desmentido de um ou de outro desses critérios".[77]

5.4. A jurisdição voluntária como atividade jurisdicional

A segunda corrente é a que confere à jurisdição voluntária a natureza de atividade jurisdicional. Embora ainda minoritária, muito por conta do prestígio da Escola Paulista de Processo, que adota a primeira concepção, trata-se de linha doutrinária que vem amealhando adeptos,[78] e que tem como belos representantes Calmon de Passos, Ovídio

75. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária.* 1 ed. Campinas: Millenium, 2000, p. 65.
76. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna.* São Paulo: Dialética, 2003, p. 13.
77. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna.* São Paulo: Dialética, 2003, p. 23.
78. Cândido Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos Araújo Cintra, expoentes da Escola Paulista de Direito Processual que seguem a corrente ainda majoritária, reconhecem: "Por isso, na doutrina mais moderna, surgem vozes no sentido de afirmar a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária. Não

Baptista e Leonardo Greco. Os seus argumentos são contrapontos aos argumentos da outra corrente.

Em primeiro lugar, uma premissa: não se pode dizer que não há lide em jurisdição voluntária. Basta citar os exemplos da interdição e da retificação de registro, procedimentos de jurisdição voluntária que normalmente dão ensejo a controvérsias. O que acontece é o seguinte: a jurisdição voluntária não pressupõe lide, a lide não precisa vir afirmada na petição inicial. Pouco importa, por exemplo, que o interditando queira ser interditado – e há inúmeros casos em que é realmente isso o que ele deseja, para a obtenção de benefícios previdenciários. Os casos de jurisdição voluntária são potencialmente conflituosos e por isso mesmo são submetidos à apreciação do Poder Judiciário. É por isso que se impõe a citação dos possíveis interessados, que podem, de fato, não opor qualquer resistência, mas não estão impedidos de fazê-lo. São freqüentes os casos em que, em pleno domínio da jurisdição voluntária, surgem verdadeiras questões a demandar juízo do magistrado. Havendo divergências entre o pai e o menor que queira se emancipar, por exemplo, o juiz haverá de manifestar-se sobre esta controvérsia.

> Arremata Leonardo Greco: "Ocorre que a função jurisdicional não se resume a solucionar litígios reais ou potenciais. Também tutelar interesses dos particulares, ainda que não haja litígio, é função tipicamente jurisdicional, desde que exercida por órgãos e funcionários revestidos das garantias necessárias a exercer essa tutela com absolutas independência e impessoalidade, exclusivamente no interesse dos seus destinatários".[79]

Em segundo lugar, para Giovanni Verde,[80] a única definição possível de jurisdição se baseia em seu aspecto subjetivo: jurisdição é a atividade exercida por juízes[81] – juízes com todas as garantias constitucionais da magistratura, façam ou não parte do Poder Judiciário. Mas cabe acrescentar: jurisdição é a atividade exercida pelos juízes (órgão investidos nesta função), que aplicam o direito objetivo em última instância, dão a última palavra sobre a questão, proferindo decisão que não pode ser controlada por nenhuma outra função estatal. A jurisdição voluntária é, também, inevitável. Tudo isso acontece no âmbito da jurisdição voluntária, e parece que não há qualquer controvérsia neste sentido.

> Proto Pisani distingue uma jurisdição constitucionalmente necessária, que é o seu conteúdo mínimo imposto pela garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva de direitos, que corresponde a jurisdição contenciosa; e uma jurisdição constitucionalmente não necessária, composta de atividades que a lei atribui aos juízes, como poderia ter atribuído a outros órgãos do estado ou ao poder privado dos próprios interessados, que seria a jurisdição voluntária.[82]

---

há porque restringir à jurisdição contenciosa os conceitos de parte e de processo (mesmo porque este, em teoria geral, vale até para funções não jurisdicionais e mesmo não-estatais)" (*Teoria geral do processo.* 20 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, p. 156).

79. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna,* cit., p. 18.
80. *Profili del Processo Civile.* 6 ed. Napoli: Jovene Editore, 2001, p. 35.
81. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna,* cit., p. 19.
82. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna,* cit., p. 25.

Em terceiro lugar, processo é categoria que pertence à teoria geral do direito, e consiste no método de que o Direito se vale para produzir normas jurídicas; daí que se pode falar em processo legislativo, administrativo, negocial e jurisdicional. Assim, aqueles que defendem a natureza administrativa da jurisdição voluntária não podem, por coerência, negar a existência de um processo, ainda que processo administrativo. A jurisdição voluntária se exerce por meio das formas processuais (petição inicial; sentença; apelação etc.), além do que não seria razoável defender-se a inexistência de relação jurídica entre os interessados e o juiz. Hão de estar presentes todos os pressupostos processuais.[83] É procedimento em contraditório – garantido pela Constituição tanto para o processo jurisdicional, como para o administrativo. Este pensamento baseava-se em Constituições passadas, que não garantiam o contraditório nos processos administrativos.

Em quarto lugar, na jurisdição voluntária o juiz atua para atender interesse privado, como terceiro imparcial. Enquanto a jurisdição voluntária é exercida por autoridade imparcial e desinteressada, a administração age no seu próprio interesse, no interesse do Estado, no interesse da coletividade como um todo, e não no interesse dos particulares que figuram como destinatários diretos da sua atuação.[84]

Em quinto lugar, se há processo e jurisdição, há ação, denominada por Pontes de Miranda de ação de jurisdição voluntária. Leonardo Greco admite, inclusive, que se fale de condições da ação de jurisdição voluntária.[85]

Em sexto lugar, não se pode dizer que não há partes. Não se devem confundir noções de parte em sentido substancial, que é a parte do litígio, com parte em sentido processual, que é o sujeito parcial da relação jurídica processual. A partir do momento em que o processo surge, a situação jurídica dos postulantes e dos interessados se altera, assumindo o *status* jurídico de parte, com todos os direitos e deveres dela decorrentes. Dizer que porque não há litígio não há partes é desconhecer comezinha distinção dogmática.

Por fim, a questão da coisa julgada. A redação do art. 1.111 do CPC, ao contrário do que se diz comumente, ratifica a existência de coisa julgada em jurisdição voluntária, quando afirma que tais decisões somente poderão ser modificadas por fato superveniente. Se nada mudar, a decisão tem de ser respeitada. Toda decisão judicial submete-se à cláusula *rebus sic stantibus*; são normas concretas criadas para regular determinada situação de fato que, se for alterada, exige a criação de outra norma jurídica concreta. É até uma questão de bom senso. Pense-se no pedido de alteração de nome, típico caso de jurisdição voluntária: se o juiz negá-lo, poderá o requerente formulá-lo novamente, fundado nas mesmas razões? Obviamente, não. Se há indiscutibilidade, para dentro e para fora do processo, que deve ser respeitada por todos, há coisa julgada – não há outro nome para esse fenômeno.

---

83. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna,* cit., p. 44-45.
84. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna.* cit., p. 22.
85. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna.* cit., p. 42-44.

Há mais argumentos que reforçam a tese de que a decisão em jurisdição voluntária se submete à coisa julgada material.

A homologação de separação/divórcio/arrolamento (inventário simplificado) consensual é procedimento de jurisdição voluntária. Esses negócios jurídicos podem ser formalizados extrajudicialmente, após a Lei Federal 11.441/2007, sem mais a necessidade de intervenção judicial, desde que não haja interesse de incapaz. Houve quem dissesse que, em razão disso, não haveria mais interesse de agir no ajuizamento do procedimento de jurisdição voluntária, exatamente porque, não sendo atividade jurisdicional, e sim administrativa, e não advindo daí a coisa julgada material, tudo o quanto se poderia obter em juízo seria possível obter extrajudicialmente, tornando o processo desnecessário[86]. O Conselho Nacional de Justiça, porém, decidiu que a via extrajudicial é opcional, permanecendo a homologação judicial como alternativa lícita[87]. Qual a razão disso? A homologação judicial confere às partes algo além daquilo que se pode obter pelo procedimento cartorário: a indiscutibilidade da decisão, a coisa julgada. O negócio jurídico é "processualizado" (inserido no processo) e, após a homologação judicial, somente pode ser desconstituído por ação rescisória (art. 485, VIII, CPC), como reflexo da rescisão da sentença homologatória. Não é razoável dizer que um negócio jurídico formalizado em cartório tem a mesma estabilidade de outro que passou pelo crivo do órgão jurisdicional. É preciso dar a situações tão díspares conseqüências jurídicas também diversas. Para compreender a "facultatividade" do procedimento cartorário e a conseqüente permanência da opção judicial, é preciso superar o dogma da ausência de coisa julgada na jurisdição voluntária.

É possível pedir a homologação de *qualquer* acordo extrajudicial ao juízo competente. O procedimento para homologação do acordo extrajudicial é de jurisdição voluntária. Uma vez homologado, este acordo torna-se *título executivo judicial.* Essa possibilidade, que já estava prevista no art. 57 da Lei dos Juizados Especiais (9.099/1995), foi incorporada ao CPC no inciso IV do art. 475-N. O acordo extrajudicial *não* homologado judicialmente pode ser considerado um *título executivo extrajudicial*, preenchidos os demais pressupostos do inciso II do art. 585 do CPC. Há, pois, uma diferença no tratamento normativo do negócio jurídico. A execução de título *judicial* não permite qualquer discussão; a cognição

86. É o entendimento, por exemplo, de FARIAS, Cristiano Chaves. *O novo procedimento da separação e do divórcio (de acordo com a Lei n. 11.441/07)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 60 e segs; FRANCO, André, CATALAN, Marcos. "Separação e divórcio na esfera extrajudicial – faculdade ou dever das partes?". *Separação, divórcio, Partilhas e inventários extrajudiciais – questionamentos sobre a Lei 11.441/2007*. Antônio Carlos Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado (coord.). São Paulo: Método, 2007, p. 46-48.

87. Art. 2º da Resolução n. 35, de 24 de abril de 2007: "Art. 2° É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial". Também neste sentido, CASSETARI, Cristiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública.* São Paulo: Método, 2007, p. 24-25; MORAIS, Ezequiel. "O procedimento extrajudicial previsto na Lei 11.441/2007, para as hipóteses de que trata, é obrigatório ou facultativo? Poderão ou deverão?". *Separação, divórcio, Partilhas e inventários extrajudiciais – questionamentos sobre a Lei 11.441/2007.* Antônio Carlos Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado (coord.). São Paulo: Método, 2007, p. 33-34.

é limitada, exatamente porque se trata de uma execução de sentença (somente podem ser alegadas as matérias constantes do art. 475-L, CPC, todas elas relativas a fatos posteriores ao negócio jurídico[88]). A execução de título *extrajudicial permite ao executado a alegação de qualquer matéria de defesa, sem limitação alguma (art. 745 do CPC). Qual o fundamento para a diferença do tratamento? A coisa julgada, atributo das decisões judiciais, mesmo homologatórias, mesmo em jurisdição voluntária, impede a rediscussão do que foi decidido (no caso, decisão das partes interessadas homologada pelo juiz). Para compreender a diferença de tratamento entre o negócio jurídico homologado judicialmente e aquele não submetido a essa confirmação, é preciso superar o dogma da ausência de coisa julgada na jurisdição voluntária.*

88. Note que as hipóteses do inciso I do art. 475-L e do § 1º do mesmo artigo, que se referem a fatos anteriores à formação do título executivo, não se aplicam à execução de acordo extrajudicial homologado. Trata-se de hipóteses de aplicação restrita à solução jurisdicional do conflito.

Capítulo III
Competência

Sumário • 1. Conceito e considerações gerais – 2. Distribuição da competência – 3. Princípios da tipicidade e da indisponibilidade da competência – 4. A perpetuação da jurisdição – 5. Competência por distribuição – 6. Classificação da competência: 6.1. Competência do foro (territorial) e competência do juízo; 6.2. Competência originária e derivada; 6.3. Incompetência relativa x Incompetência absoluta – 7. Competência constitucional – 8. Competência internacional: 8.1. Considerações gerais; 8.2. Competência internacional concorrente ou cumulativa (art. 88, CPC); 8.3. Competência internacional exclusiva (art. 89, CPC); 8.4. Competência concorrente e litispendência (art. 90, CPC) – 9. Métodos para identificar o juízo competente – 10. Critérios determinativos de distribuição da competência: 10.1. Objetivo; 10.2. Territorial; 10.3. Funcional: 10.3.1. Generalidades; 10.3.2. Competência funcional x Competência territorial absoluta; 10.3.3. A competência funcional pela vinculação do juiz ao processo – o princípio da identidade física do juiz (art. 132, CPC) – 11. Principais regras de competência territorial – 12. Modificações da competência: 12.1. Generalidades; 12.2. Não-oposição da exceção de incompetência; 12.3. Foro de eleição (art. 111, CPC): 12.3.1. Generalidades; 12.3.2. Invalidade de cláusula de foro de eleição e remessa dos autos ao juízo incompetente (art. 112, par. ún., CPC). Nova hipótese de prorrogação da competência (art. 114 do CPC); 12.4. Conexão e continência: 12.4.1. Considerações gerais sobre a conexão. Conceitos legais de conexão e continência. Insuficiência do conceito legal. A conexão por prejudicialidade ou por preliminaridade; 2.4.2. Conexão na instância recursal; 12.4.3. Forma de alegação; 12.4.4. Distinção entre a alegação de modificação de competência e a alegação de incompetência relativa; 12.4.5. A conexão em causas coletivas pode importar modificação da competência absoluta; 12.4.6. Possibilidade de reunião de causas conexas, sendo uma de conhecimento e a outra de execução; 12.4.7 Conexão por afinidade. Um novo modelo de conexão para o julgamento de causas repetitivas; 12.5. Prevenção; 12.6. Outras regras de modificação da competência – 13. Conflito de competência: 13.1. Conceito; 13.2. Legitimidade e participação do Ministério Público; 13.3. Competência; 13.4. Procedimento – 14. Competência da Justiça Federal: 14.1. Características; 14.2. Competência dos juízes federais em razão da pessoa: 14.2.1. Causas do art. 109, I, CF/88; 14.2.2. Causas do art. 109, II, CF/88; 14.2.3. Causas do art. 109, VIII, CF/88; 14.3. Competência funcional: art. 109, X, segunda parte; 14.4. Competência da Justiça Federal em razão da matéria: 14.4.1. Causas do art. 109, III, CF/88; 14.4.2. Causas do art. 109, V-A: grave violação a direitos humanos; 14.4.3. Causas do art. 109, XI, CF/88: disputa sobre direitos indígenas; 14.4.4. Causas referentes à nacionalidade e à naturalização: art. 109, X, fine; 14.5. Competência territorial da Justiça Federal: 14.5.1. Considerações gerais; 14.5.2. CF/88, art. 109, §3º: juízo estadual com competência federal; 14.6. Competência do Tribunal Regional Federal (art. 108 da CF/88).

1. CONCEITO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

A jurisdição, como função estatal para prevenir e compor os conflitos, aplicando o direito ao caso concreto, em última instância, resguardando a ordem jurídica e a paz social, é exercida em todo o território nacional (art. 1º, CPC). Por questão de conveniência, especializam-se setores da função jurisdicional.

Distribuem-se as causas pelos vários órgãos jurisdicionais, conforme as suas atribuições, que têm seus limites definidos em lei. Limites que lhes permitem o exercício da jurisdição. A jurisdição é una, porquanto manifestação do poder estatal. Entretanto, para que mais bem seja administrada, há de ser feita por diversos órgãos distintos.

A competência é exatamente o resultado de critérios para distribuir entre vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição. A competência é o poder de exercer a

jurisdição nos limites estabelecidos por lei. É o âmbito dentro do qual o juiz pode exercer a jurisdição. É a medida da jurisdição.

> "Quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos".[1]

> "Por competência entender-se-á o poder de acção e de actuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos. A competência envolve, por conseguinte, a atribuição de determinadas tarefas bem como os meios de acção ("poderes") necessários para a sua prossecução. Além disso, a competência delimita o quadro jurídico de actuação de uma unidade organizatória relativamente a outra".[2]

2. DISTRIBUIÇÃO DA COMPETÊNCIA

A distribuição da competência faz-se por meio de normas constitucionais, de leis processuais e de organização judiciária, além da distribuição interna da competência nos tribunais, feita pelos seus regimentos internos. Nossa Constituição já distribui a competência em todo o Poder Judiciário Federal (STF, STJ e Justiças Federais: Justiça Militar, Eleitoral, Trabalhista e Federal Comum). A competência da Justiça Estadual é, portanto, residual.

3. PRINCÍPIOS DA TIPICIDADE E DA INDISPONIBILIDADE DA COMPETÊNCIA

Canotilho identifica dois princípios relacionados à distribuição da competência: indisponibilidade e tipicidade. Esses princípios compõem o conteúdo do princípio do juiz natural. O desrespeito a tais princípios implica, conseqüentemente, o desrespeito ao princípio do juiz natural. Eis a lição do jurista português:

> "Daí que: (1) de acordo com este último, as competências dos órgãos constitucionais sejam, em regra, apenas as expressamente enumeradas na Constituição; (2) de acordo com o primeiro, as competências constitucionalmente fixadas não possam ser transferidas para órgãos diferentes daqueles a quem a Constituição as atribui".[3]

No entanto, o STF admite que se reconheça a existência de competências implícitas *(implied power)*:[4] quando não houver regra expressa, algum órgão jurisdicional haverá

1. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 55.
2. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6 ed. Lisboa: Almedina, 2002, p. 539.
3. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6 ed. Lisboa: Almedina, 2002, p. 542-543. O STJ já entendeu que esses princípios foram acolhidos pela Constituição Brasileira (REsp n. 28.848-8, rel. Adhemar Maciel, j. 01.06.1993).
4. Poder implícito ou *implied power* é o poder não expressamente mencionado na Constituição, mas adequado à prossecução dos fins e tarefas constitucionalmente atribuídos aos órgãos de soberania (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6 ed., cit., p. 544.)

de ter competência para apreciar a questão. Veja o caso dos embargos de declaração: não há regra constitucional que preveja como competência do STF ou do STJ o julgamento de embargos de declaração interpostos contra as suas decisões, embora seja inegável que a atribuição de competência para julgar determinadas causas embute, implicitamente, a competência para julgar esse recurso.[5]

É fundamental perceber que não há *vácuo de competência*: sempre haverá um juízo competente para processar e julgar determinada demanda. A existência de competências implícitas é, portanto, indispensável para garantir a completude do ordenamento jurídico.

4. A PERPETUAÇÃO DA JURISDIÇÃO[6]

Não basta que as regras de competência sejam fixadas pela lei; é necessário que se saiba qual, dentre os vários juízos competentes, será o juízo responsável concretamente pela demanda ajuizada. É necessário que se determine, *in concreto*, qual o juízo da causa. O modo de determinar-se essa competência é disciplinado pelo art. 87 do CPC.

O dispositivo do art. 87 do CPC prevê a *perpetuatio jurisdictionis*, que consiste na regra segundo a qual a competência fixada no momento da propositura da demanda – com a sua distribuição (quando há mais de um juiz ou de um escrivão, art. 263 c/c art. 251 do CPC) ou com o despacho inicial –, não mais se modifica. Trata-se de uma das regras que compõem o sistema de estabilidade do processo, ao lado de regras como as dos arts. 264 e 294 do CPC.

Neste exato momento, firma-se e perpetua-se a competência do juízo e nenhuma modificação do estado de fato (ex.: mudança de domicílio do réu) ou de direito (ex.: ampliação do teto da competência do órgão em razão do valor da causa) superveniente poderá alterá-la.

> A Lei Maria da Penha (Lei Federal n. 11.340/2006) previu a possibilidade de a mulher que se alega vítima de violência doméstica e familiar demandar as "medidas protetivas de urgência" civis (arts. 22-24 dessa lei) perante a autoridade policial competente para receber a *notitia criminis* relacionada a essa violência (art. 12 da lei), que deverá encaminhar essa demanda ao Poder Judiciário.
>
> A data da propositura da ação é a aquela em que a suposta vítima formula sua demanda perante a autoridade policial. É este o momento em que se considera iniciada a *litispendência* em relação à autora-vítima. Excepciona-se a regra do art. 263 do CPC, que considera proposta a ação na data da distribuição ou do despacho inicial

5. Ver, por exemplo: 2ª T., RE 47.757, rel. Min. Ribeiro da Costa, j. 24.08.1962, DJ de 17.09.1962, p. 413; Pleno, CC 6.987-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 27.03.1992, DJ de 20.04.1992, p. 5.723; Questão de Ordem na Ação Cível Originária 58-BA, pelo Pleno do STF, em 05.12.1990.
6. Escrito com o auxílio imprescindível de Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, Professores Assistentes da Pós-graduação em Direito Processual Civil.

(onde a distribuição não for necessária). A lei atribuiu à autoridade policial função normalmente contida no cargo de serventuário da justiça.

O termo da demanda, remetido ao Judiciário pela autoridade policial, deverá ser *distribuído* normalmente (art. 251 do CPC), ou despachado, se na comarca não houver necessidade de distribuição. A data da distribuição (ou do despacho inicial) será, portanto, inevitavelmente *posterior* à data da demanda (que se considera formulada, lembre-se, na data em que apresentada à autoridade policial).

Não coincidem, pois, a *data de propositura da demanda* com a *data da distribuição* (ou do *despacho inicial*). Sucede que, sem a distribuição, não é possível saber qual o juízo competente para a causa. Assim, é preciso atentar para o seguinte: no caso de demanda em que se pleiteia "medida protetiva de urgência", a data em que se determina a competência, nos termos do art. 87 do CPC, não será a da propositura da ação, mas a data da distribuição (ou do despacho inicial, se na comarca não houver necessidade de distribuição). Mas a data do início da *litispendência* para a autora é a data em que demandou perante a autoridade policial.

Mas há exceções.

Excepcionam-se os seguintes casos: *a) Supressão do órgão judiciário* – por exemplo, a extinção de uma vara cível; *b) Alteração superveniente da competência em razão da matéria ou da hierarquia*[7-8] – porque são espécies de competência absoluta, fixadas em função do interesse público, motivo pelo qual outras modalidades de competência absoluta devem estar aí abrangidas (máxime, a territorial absoluta do art. 95 do CPC).

Frise-se que a interpretação da segunda das ressalvas previstas em lei (parte final do art. 87) deve ser sistemática e extensiva, pois, a todas as luzes, o legislador, ao restringir as exceções à "competência em razão da matéria ou da hierarquia", quis referir-se, em verdade, a todas as modalidades de competência absoluta, cometendo a mesma gafe dos arts. 102 e 111 do CPC.

Ora, tais dispositivos, ao tentarem sistematizar os diferentes tipos de competência absoluta e relativa, seguiram o modelo *chiovendiano*, limitando-se a incluir os critérios hierárquico e material para a primeira espécie, e territorial e em razão do valor da causa, para a segunda, deixando à margem outros critérios (como o pessoal), bem assim inúmeras

7. Nesse sentido, veja-se recente julgado do STF sobre prerrogativa de função: *"Perda de Prerrogativa de Foro e Início de Julgamento"*. A perda de prerrogativa de foro faz cessar a competência originária do Tribunal para julgar o feito, ainda que este tenha se iniciado. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem em inquérito no qual se imputava a Ministro de Estado a prática de crime contra a honra, declinou de sua competência para a Justiça Comum estadual, uma vez que, no curso do processo, ocorrera a exoneração do querelado do referido cargo. Vencidos os Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes que, tendo em conta os votos já proferidos em assentada anterior, resolviam a questão de ordem no sentido de se dar prosseguimento à apreciação da queixa-crime pelo Supremo, por considerar que, com o início do julgamento, ter-se-ia a prorrogação da competência, porque o julgamento, como ato processual, é unitário, e os votos não são, para esse efeito, atos processuais distintos, mas momento desse ato único. Inq 2277 QO/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 24.5.2006. (Inq-2277).
8. Leia-se competência em razão da função, visto esta ser o gênero de que aquela é espécie.

exceções (como casos de competência territorial[9] e em razão do valor da causa que sejam absolutas)[10] a esta regra.

Se a alteração de competência absoluta ocorrer após a sentença, não haverá a redistribuição do processo, com a quebra da perpetuação da competência, exatamente porque já houve julgamento. Assim, p. ex., a EC 45/2004, que alterou as regras constitucionais de competência da Justiça do Trabalho, alcança os processos já sentenciados (súmula do STJ, n. 367). Recurso eventualmente pendente contra decisão proferida por juiz estadual, em causa que agora é de competência da Justiça do Trabalho, deverá ser julgado pelo Tribunal de Justiça, e não pelo Tribunal Regional do Trabalho.

Convém, então, que se destaque a hipótese do desmembramento da comarca e a regra da perpetuação da jurisdição.

O desmembramento de comarca só implicará a modificação de competência se alterar competência absoluta,[11] inclusive a competência territorial absoluta.[12]

Um bom exemplo é o caso em que a comarca, onde corre ação reivindicatória, for desmembrada e o imóvel objeto da lide fique situado na nova comarca. Nesta hipótese, altera-se competência absoluta (territorial) do juízo onde esta já se tinha perpetuado, e os autos deverão ser transferidos para a comarca onde ficou o imóvel (art. 95 do CPC).[13]

Perfilhando esta linha de intelecção, acolhe-se na íntegra uma das sugestões do processualista Edson Ribas Malachini para uma nova redação da segunda parte do art. 87 do CPC, a saber: "São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou atribuírem competência absoluta a outro órgão".[14]

9. Critério este que, na concepção de Chiovenda, em alguns casos, seria subespécie do funcional, uma categoria criada com a "intenção de transformar determinadas hipóteses de competência territorial pura em competência absoluta e improrrogável" (VINCENZI, Brunela Vieira de. Competência Funcional – Distorções. *Revista de Processo*. São Paulo, 2002, n. 105, p. 270).
10. A este respeito, vide: Athos Gusmão Carneiro (*Jurisdição e Competência*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 83 e seguintes) e Brunela Vieira de Vincenzi (Ob. Cit.).
11. O STJ tem seguido esse entendimento, malgrado referindo-se à competência funcional (na linha chiovendiana), e não à territorial absoluta: "COMPETÊNCIA. Imóvel. Reivindicatória. Desmembramento da comarca. – Instalação de nova comarca, em cujo território se situa o imóvel objeto da ação reivindicatória, determina a modificação da competência". (RESP n. 156.898/PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicado no DJ de 16.11.1998, p. 97). Assim, também, RESPn. 150.902/PR, rel. Min. Barros Monteiro, publicado no DJ de 28.09.1998, p. 65.
12. Têm opinião diversa, Celso Agrícola Barbi (*Comentários ao Código de Processo Civil*. V. I, Tomo II. São Paulo: Forense, 1975, p. 391) e Arruda Alvim ("A 'perpetuatio jurisdictionis' no Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1976, n. 4).
13. Vejam que, se o imóvel ficou em mais de uma comarca, qualquer um dos juízos é competente (competência fixada por prevenção, art. 107 do CPC).
14. A *"perpetuatio jurisdictionis"* e o desmembramento de comarca. *Revista de processo* 47/273.

5. COMPETÊNCIA POR DISTRIBUIÇÃO[15]

De acordo com os arts. 251 e 252 do CPC, onde houver *"mais de um juiz ou mais de um escrivão"* os processos deverão ser sorteados dentre aqueles abstratamente competentes, de forma alternada, com rigorosa atenção ao princípio da igualdade. Com isso, fixa-se a competência concreta do juízo, transformando a "*competência cumulativa de todos em competência exclusiva de só um dentre todos*".[16]

Como é cediço, as regras de distribuição servem para concretizar a competência onde há mais de um juízo e foram criadas com olhos no princípio do juiz natural – que é, sobretudo, o juiz legalmente competente.

Um dos requisitos para que se tenha um juiz legal é a prévia fixação de regras para a divisão interna de funções e atribuições nos locais onde houver mais de um juízo abstratamente previsto como competente. Concretiza-se, assim, a competência, de forma equânime sem que se defira às partes a possibilidade de optar pelo órgão julgador de sua preferência, afinal, o direito ao juiz natural não foi regra fixada no interesse das partes, mas, sim, no interesse público. Tanto que foi alçada à condição de princípio constitucional (art. 5º, LIII e LIV da CF).

Trata-se de regras cogentes, indisponíveis, que surgiram no intuito de atender ao interesse público. São, portanto, regras de competência absoluta.

> Humberto Theodoro Júnior, em parecer acerca da admissibilidade da ação rescisória tombada sob o nº 46.595-0, que tramita no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, é taxativo ao dispor que "somente se pode, em tal conjuntura, falar em incompetência absoluta, já que o afastamento do juiz natural ou o empecilho de acesso a ele apenas pode ser qualificado como agressão a uma garantia constitucional".
>
> Calmon de Passos, em parecer exarado nos autos do mesmo processo, defende essa posição, aduzindo que "se tão condenável expediente é acobertado pelo julgador, sua decisão, por desrespeitadora da garantia, reveste-se de caráter de vulneradora de preceito constitucional, o que o torna *absolutamente incompetente*, dada a matriz constitucional do princípio".
>
> Nelson Nery Jr. e Rosa Nery assim se manifestam: "2. Competência por dependência. A competência determinada pela dependência é funcional sucessiva, portanto absoluta (Reale, RT 538/31). Reconhecida pelo juiz a conexão ou continência, bem como se se tratar das ações secundárias mencionadas no CPC 253 par. ún., estabelece-se a competência funcional sucessiva do juízo para julgar, simultaneamente, a causa principal e a que lhe for distribuída por dependência".[17]

15. Escrito com o auxílio imprescindível de Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, Professores Assistentes da Pós-graduação em Direito Processual Civil.
16. Palavras do Prof. J. J. Calmon de Passos em parecer referente à ação rescisória tombada sob o n. 46.595-0, que tramita no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.
17. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual extravagante em vigor*. 4 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 719.

Assim, qualquer burla à distribuição significa franca violação ao princípio do juiz natural (art. 5º, LIII e LIV da CF) e às regras processuais de distribuição (arts. 251 a 253 do CPC) e, por conseqüência, às regras de competência absoluta.

6. CLASSIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA

6.1. Competência do foro (territorial) e competência do juízo

Foro é o local onde o juiz exerce as suas funções; é a unidade territorial sobre a qual se exerce o poder jurisdicional (lembre-se que o Estado é soberania de um povo sobre dado território). No mesmo local, conforme as leis de organização judiciária, podem funcionar vários juízes com atribuições iguais ou diversas. Assim, para uma mesma causa, verifica-se primeiro qual o foro competente, depois o juízo, que é a vara, o cartório, a unidade administrativa. A competência do juízo é matéria pertinente às leis de organização judiciária. A competência de foro é regulada pelo CPC.

6.2. Competência originária e derivada

A competência originária é aquela atribuída ao órgão jurisdicional diretamente, para conhecer da causa em primeiro lugar; pode ser atribuída tanto ao juízo monocrático, o que é a regra, como ao tribunal, em algumas situações (ação rescisória e mandado de segurança contra ato judicial, por exemplo).

A competência derivada ou recursal é atribuída ao órgão jurisdicional destinado a rever a decisão já proferida; normalmente, atribui-se a competência derivada ao tribunal, mas há casos em que o próprio magistrado de primeira instância possui competência recursal, como é o caso dos embargos infringentes de alçada, cabíveis na forma do art. 34 da Lei de Execução Fiscal, que serão julgados pelo mesmo juízo prolator da sentença.

Ambas são espécies de competência absoluta.

6.3. Incompetência relativa x Incompetência absoluta

As regras de competência submetem-se a regimes jurídicos diversos, conforme se trate de regra fixada para atender exclusivamente ao interesse público, chamada de regra de incompetência absoluta, e para atender preponderantemente ao interesse particular, a regra de incompetência relativa.

Antes de examinar os respectivos regimes jurídicos, cumpre lembrar que "todo juiz é o primeiro juiz de sua própria competência", como diz Cândido Dinamarco.[18]

A incompetência é defeito processual que, em regra, não leva à extinção do processo, mesmo se se tratar de incompetência absoluta, salvo nas excepcionais hipóteses do inciso III do art. 51 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis), e da incompetência internacional (arts. 88 e 89 do CPC)[19].

18. Em referência à *Kompetenzkompetenz*, v. 1, n.º 212.
19. Esse regime jurídico diferenciado da incompetência internacional justifica-se como aplicação do princípio da unilateralidade, que rege a competência internacional, logo abaixo examinado.

Convém, no entanto, observar o que acontece nas hipóteses de incompetência do juízo para processar e julgar demandas incidentes, como a reconvenção e os embargos de terceiro, por exemplo. A competência funcional para o julgamento das demandas incidentais é, por força do art. 109 do CPC, do juízo da causa principal. Sucede que é possível que esse juízo não tenha competência objetiva (em razão da matéria ou da pessoa) para o processamento/julgamento do feito.

Se isso acontece na reconvenção, o magistrado indeferirá a petição inicial da reconvenção, não admitindo o seu processamento. A conseqüência da incompetência absoluta, neste caso, não pode ser a remessa dos autos ao juízo competente nem a extinção do processo. Somente é possível cogitar de reconvenção se houver ação; assim, a reconvenção não poderia ser enviada a outro juízo distinto daquele onde tramita a demanda principal. Porquanto demanda incidente, o seu não-conhecimento não pode implicar a extinção do processo, que prossegue para o exame da demanda principal.

A incompetência absoluta para o conhecimento/julgamento de embargos de terceiro ou denunciação da lide implica a remessa dos autos, com as demandas principal e incidental, ao juízo competente. É o que pode acontecer se, em processo que tramita na Justiça Estadual, houver embargos de terceiro propostos por um ente federal ou em face de um deles seja proposta uma denunciação da lide – em ambos os casos, os autos serão remetidos à Justiça Federal.[20][21]

ABSOLUTA	RELATIVA
Regra de competência criada para atender interesse público.	Regra de competência criada para atender precipuamente a interesse particular.
A incompetência absoluta pode ser alegada a qualquer tempo, por qualquer das partes, podendo ser reconhecida *ex officio* pelo magistrado.	A incompetência relativa somente pode ser arguida pelo réu, no prazo de resposta (15 dias), sob pena de preclusão e prorrogação da competência do juízo, não podendo o magistrado reconhecê-la de ofício (enunciado n. 33 da súmula da jurisprudência do STJ). O Ministério Público pode alegar incompetência relativa em benefício de réu incapaz[21].
A parte que deixar de alegar no primeiro momento que lhe couber falar nos autos arcará com as custas do retardamento. Trata-se de defeito tão-grave que, uma vez transitada em julgada a última decisão, ainda será possível, no prazo de dois anos, desconstituí-la por ação rescisória, com base no art. 485, II, CPC.	

20. Acolhida a denunciação, o processo continuará seu curso na Justiça Federal, rejeitada, os autos devem retornar a Justiça Estadual, resguardada a competência funcional (recursal) do Tribunal Regional Federal da respectiva região para apreciar eventuais recursos dessa decisão. O juiz estadual não está autorizado a continuar o julgamento do processo sob o argumento de que não é caso de denunciação da lide, rejeitando-a; deve remeter os autos à Justiça Federal, para que lá se averigúe a admissibilidade da denunciação. Cf., a propósito: STJ, Conflito de Competência n. 12.094-PR, publicado no DJ de 27.03.1995, rel. Torreão Braz; Conflito de Competência n. 21.268/SC, publicado no DJ de 17.05.1999, p. 119, rel. Min. Eduardo Ribeiro; Conflito de Competência n. 21792/RR, publicado no DJ de 14.12.1998, p. 82, rel. Min. Garcia Vieira, rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros; Conflito de Competência n. 12586/SP, publicado no DJ de 17.04.1995, p. 9552, rel. Min. Paulo Costa Leite.

21. "PROCESSO CIVIL. MINISTÉRIO PUBLICO. CUSTOS LEGIS. INVENTÁRIO. QUALIDADE DE PARTE. INCAPAZ. COMPETÊNCIA RELATIVA. LEGITIMIDADE DO MP PARA ARGÜIR EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. - O Ministério Público, quando atua no processo como custos legis, o que acontece em inventário no qual haja menor interessado, tem legitimidade para argüir a incompetência relativa do juízo. Para tanto, deve demonstrar prejuízo para o incapaz. Não demonstrado o prejuízo tal legitimidade não se manifesta". (STJ, 3ª T., REsp n. 630.968/DF, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, j. em 20.03.2007, publicado no DJ de 14.05.2007, p. 280).

ABSOLUTA	RELATIVA
Não há forma especial para a arguição de incompetência absoluta, até mesmo porque o magistrado pode conhecê-la *ex officio*. No entanto, não pode o réu alegar incompetência absoluta por exceção instrumental e querer que essa alegação produza o efeito de suspender o processo, característica das exceções instrumentais. Se por acaso o réu alegar incompetência absoluta, mesmo que em peça separada, deverá a alegação ser considerada como se tivesse sido formulada no bojo da contestação, sem que se dê a ela o efeito de suspender o andamento do processo, até a sua apreciação.	Há forma específica de arguição de incompetência relativa: exceção instrumental. A exceção de incompetência relativa deve ser ajuizada em peça apartada da contestação, que será autuada em apenso (arts. 112, 299 e 304 do CPC). Trata-se, pois, de requisito processual de admissibilidade deste incidente do procedimento principal. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, corretamente, tem entendido que a alegação de incompetência relativa no bojo da contestação, como preliminar, por não causar prejuízo, não pode ser desconsiderada.[22]
Reconhecida a incompetência absoluta, remetem-se os autos ao juiz competente e reputam-se nulos os atos decisórios já praticados.	Reconhecida a incompetência relativa, remetem-se os autos ao juiz competente e *não se anulam* os atos decisórios já praticados.
A regra de competência absoluta não pode ser alterada pela vontade das partes.	As partes podem modificar a regra de incompetência relativa, quer pelo foro de eleição, quer pela não-oposição da exceção de incompetência.
A regra de competência absoluta não pode ser alterada por conexão/continência.	A regra de incompetência relativa pode ser modificada por conexão/continência.
Competência em razão da matéria, da pessoa e funcional são exemplos de competência absoluta. A competência em razão do valor da causa também pode ser absoluta, quando extrapolar os limites estabelecidos pelo legislador. Em alguns casos, a competência territorial também é absoluta.	Competência territorial é, em regra, relativa. Além disso, também é relativa a competência pelo valor da causa, quando ficar aquém do limite estabelecido pela lei.

A distinção entre os regimes jurídicos das regras de incompetência absoluta e relativa pode ser feita em quadro esquemático, que facilita a visualização e a aprendizagem.[22]

22. 2ª Seção, RESP 169176/DF, rel. Min. CASTRO FILHO, j. 25.06.2003, DJ de 12.08.2003, p. 185; 4ª T., RESP 293042/SP, rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, j. 25.09.2001, DJ de 04.02.2002, p. 379. Em sentido contrário, porém, não admitindo a alegação de incompetência relativa no bojo da contestação, 1ª T., RESP 380705/AL, rel. Min. GARCIA VIEIRA, j. 07.03.2002, DJ de 08.04.2002, p. 153.

7. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL

Há quem considere como não-juiz o magistrado que decide em dissonância com as normas constitucionais que atribuem jurisdição. Por exemplo, reputar-se-ia como não-decisão aquela proferida por Tribunal de Justiça que julgou um recurso extraordinário, ou aquela proferida por um juiz do trabalho em matéria de alçada da justiça eleitoral.[23] Nessa linha, a decisão de um juiz federal sobre causa estadual seria tão decisão como aquela que houvesse sido proferida por um oficial de justiça.

Eis a lição de Calmon de Passos:

> "O poder de julgar do magistrado tem suas raízes na Constituição. Por isso mesmo se diz que ela é fonte do poder jurisdicional. Só nos limites nela fixados está o juiz investido do poder de julgar. Constitucionalmente, o poder de julgar foi repartido entre as chamadas jurisdições especiais (...) e a comum – remanescente. A investidura dos órgãos dessas jurisdições já lhes confere poder de julgar limitado constitucionalmente, de sorte que o exercício de suas atividades fora dos limites traçados na carta importa, mais que um defeito de competência, em defeito de jurisdição. O que façam ou realizem fora dos limites constitucionais é, em tudo e por tudo, semelhante à atividade do não-juiz, consequentemente, ato inexistente juridicamente, do ponto de vista processual".[24]

A tese é sedutora, indiscutivelmente, mas o caso não é de falta de jurisdição: trata-se, realmente, de incompetência. Há o poder de criar normas jurídicas concretas, jurisdição, que foi distribuído pela Constituição em parcelas para cada órgão jurisdicional. Quando um órgão jurisdicional extrapola a fração de poder que lhe foi outorgada, dá-se a falta de competência, e não de jurisdição. Pensar de outro modo levaria a ter de admitir-se que existem cinco jurisdições, e não apenas uma: eleitoral, trabalhista, estadual, federal e militar. E há mais: de acordo com o princípio da *Kompetenzkompetenz* (o juiz tem sempre competência para examinar a sua competência), o magistrado incompetente constitucionalmente tem, no mínimo, a competência de reconhecer a sua incompetência, o que já revela a existência de ao menos uma parcela de jurisdição.[25] Portanto, não se poderia falar de sentença inexistente, mas de sentença inválida – não se poderia equiparar a sentença de um não-juiz com a sentença de um juiz que não tenha competência, ainda que constitucional.

Sucede que o defeito, no caso, decorre do desrespeito a comando constitucional, circunstância que o qualifica, induvidosamente. Esse tipo de defeito deveria autorizar a decretação da nulidade da decisão mesmo após o lapso de tempo previsto para o ajuizamento da ação rescisória (art. 495, CPC), por meio de ação autônoma de nulidade absoluta (*querela nullitatis*), à semelhança do que já ocorre nos casos de falta de citação (art. 475-L, I e art. 741, I, CPC). Seria caso de nulidade absoluta decretável a qualquer tempo,

23. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, item 202.1, p. 291.
24. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, item 202.1, p. 291.
25. Conforme observou o aluno Tadeu Vilasboas, em aula no segundo semestre de 2004, na Universidade Federal da Bahia.

exemplo de vício "transrescisório", na sistematização proposta por José Maria Tesheiner, que, entretanto, não cuida dessa situação.[26] Caso raro, por certo, mas não seria o único. É o que propomos, de *lege ferenda*.

Porém, o legislador brasileiro não lhe deu qualquer tratamento diferenciado, permanecendo a ação rescisória como única forma de corrigir esse defeito após a coisa julgada material.

8. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

8.1. Considerações gerais

Um sistema jurisdicional de um país pode pretender julgar quaisquer causas que sejam propostas perante os seus juízes. No entanto, o poder de tornar efetivo aquilo que foi decidido sofre limitações, porque existem outros Estados, também organizados, e que não reconheceriam a validade da sentença em seu território, não permitindo, pois, a sua execução.

A competência internacional visa, portanto, a delimitar o espaço em que deve haver jurisdição, na medida em que o Estado possa fazer cumprir soberanamente as suas sentenças. *É o chamado princípio da efetividade*, que orienta a distribuição da competência internacional, segundo o qual o Estado deve abster-se de julgar se a sentença não tem como ser reconhecida onde deve exclusivamente produzir efeitos.[27] Além disso, não seria conveniente ocupar os órgãos jurisdicionais com questões que não se liguem a seu ordenamento jurídico.

> Ainda há outros princípios que informam as regras de competência internacional:
>
> **a) *Plenitudo jurisdicionis:*** "o poder/dever de conceder a prestação jurisdicional nos limites do seu território é pleno e ilimitado, assim proclamado como regra geral pelo direito internacional, excepcionado apenas pelas limitações estabelecidas por sua própria legislação e, em alguns casos, por construção jurisprudencial".[28]
>
> **b) Exclusividade:** "é aquele em razão do qual os tribunais de cada país, uma vez acionados, aplicarão sempre as regras delimitadoras de jurisdição que integram a sua própria ordem jurídica, abstendo-se de aplicar aquelas que pertençam à esfera de outro Estado, embora possam aquelas serem consultadas em circunstâncias especiais, quando se trata de reconhecimento de sentenças estrangeiras".[29]
>
> **c) Unilateralidade:** à norma delimitadora da jurisdição estatal, que afirma ou afasta a competência internacional do Estado, não se concede o poder de atribuir competência internacional a outro Estado. Assim, não enquadrada uma demanda em alguma hipótese de competência internacional, fica excluída a possibilidade de

26. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2000, p. 283.
27. JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 38.
28. JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições*, p. 24.
29. JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições*, p. 25.

essa mesma hipótese servir para que se remeta o julgamento à jurisdição de outro Estado, sob pena de ofensa à soberania estrangeira.[30]

d) Imunidade de jurisdição: trata-se do princípio segundo o qual a jurisdição deixa de ser exercida em razão da qualidade do réu. Um Estado soberano não tem como julgar outro Estado igualmente soberano sem o consentimento deste. Trata-se de princípio de direito internacional *(par in par non habet iudicium)*. Atinge também os chefes de Estado, pessoas por ele designadas, além de determinadas pessoas físicas e jurídicas, em razão das funções que exercem. "Com a evolução das relações internacionais e passando os Estados a ocupar com mais frequência a posição de parte nas atividades comerciais, impunha-se o abrandamento do princípio. Surgiu assim a teoria da imunidade relativa, distinguindo os atos de gestão – *ius gestionis* – em função da sua natureza ou da sua finalidade, dos atos de império – *ius imperii*, só estes garantidores da jurisdição privilegiada, pois praticados pelo Estado enquanto titular do poder soberano".[31]

e) Proibição de denegação de justiça: para evitar uma denegação de justiça, o Estado inicialmente incompetente para apreciar a demanda, deve julgá-la quando ficar constatado que ela não poderá ser proposta em qualquer outro tribunal estrangeiro.[32] "A atribuição de jurisdição ao Estado para decidir medidas cautelares destinadas a produzir efeitos em seu próprio território emerge do princípio que veda a denegação de justiça".[33]

f) Autonomia da vontade: reconhece-se a possibilidade de escolha da jurisdição, em caso de concorrência, inclusive com foro de eleição. Gerou o fenômeno designado de *forum shopping*, consistente "na procura, dentre jurisdições de competência concorrente para apreciar determinada lide, daquela onde autor ou as partes supõem possa ser obtida uma decisão mais favorável aos seus interesses, em razão da lei a ser aplicada, ou em decorrência de normas processuais que permitam maior agilização nos julgamentos".[34] Para evitar abusos, desenvolveu-se uma regra de temperamento, conhecida como *forum non conveniens,* que deixa ao arbítrio do juízo acionado a possibilidade de recusar a prestação jurisdicional se entender comprovada a existência de outra jurisdição internacional invocada como concorrente e mais adequada para atender aos interesses das partes, ou aos reclamos da justiça em geral".[35]

Para que não houvesse conflitos entre os Estados, no caso de uma jurisdição ilimitada, que não reconhecesse outras decisões, ou sendo indiferente às nacionalidades, fez-se necessário estipular uma espécie de limitação espacial da jurisdição. Quando se fala em competência internacional, cogita-se das hipóteses em que a jurisdição estatal pode ou não atuar. Por isso há quem utilize a expressão competência de jurisdição.[36]

30. JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições*, p. 25.
31. JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições*, p. 29-30.
32. JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições*, p. 31.
33. JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições*, p. 33.
34. JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições*, p. 37.
35. JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições*, p. 37.
36. Alguns doutrinadores consideram que, a rigor, essa expressão é incorreta; utilizam-na pela falta de outra melhor.

Ocorre que no âmbito do limite estabelecido, esta jurisdição se exerce validamente, sem embargo do domicílio, da nacionalidade das partes, ou do lugar da ocorrência dos fatos geradores da lide.

É a limitação da jurisdição de um Estado em face de outros. *A competência internacional brasileira diz quais as causas que deverão ser conhecidas e decididas pela justiça brasileira.*

A competência internacional de autoridade judiciária brasileira está prevista no artigo 12 da LICC e nos artigos 88 e 89 do CPC.

O juiz, na sua função de examinar a questão da competência, deve, em primeiro lugar, recorrer às normas do capítulo sobre competência internacional.

8.2. Competência internacional concorrente ou cumulativa (art. 88, CPC)

O art. 88 do CPC especifica as causas em que a competência internacional é concorrente: podem essas causas também ser julgadas por tribunais estrangeiros. A sentença proferida no estrangeiro será eficaz no território brasileiro, desde que seja homologada pelo STJ, de acordo com critérios vários, tais como: não ofenda a soberania brasileira, tenha sido exarada por juiz competente, o processo não esteja viciado, transitada em julgado.[37]

Eis as hipóteses de competência internacional concorrente: a) Se o réu estiver domiciliado no Brasil, não importando a sua nacionalidade. Não há diferenciação entre nacionais e estrangeiros. Reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que tiver agência, filial ou sucursal no país (art. 88, I; ver, ainda, art. 12 da LICC); b) Se no Brasil houver de ser cumprida a obrigação; não importa onde ela foi contraída (art. 88, II; ver, ainda, o mesmo art. 12 da LICC); c) Se a ação originar-se de fato ou ato ocorrido no Brasil.

> O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de 3 anos da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no país (art. 7º, §6º da LICC).

8.3. Competência internacional exclusiva (art. 89, CPC)

O art. 89 do CPC especifica as causas em que a competência dos tribunais brasileiros é exclusiva. Sentença estrangeira proferida em tais casos não pode produzir qualquer

37. Conferir o Regimento Interno do STF, que regula essa matéria a qual era da sua competência até a edição da EC n. 45, que a transferiu ao STJ: "Art. 215. A sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação pelo Supremo Tribunal Federal ou por seu Presidente. Art. 216. Não será homologada sentença que ofenda a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. Art. 217. Constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira: I – haver sido proferida por juiz competente; II – terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; III – Ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias à execução no lugar em que for proferida; IV – estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução oficial."

efeito no território brasileiro; será ato sem qualquer importância. Não há como homologá-la no Brasil.

Eis os casos: a) qualquer ação relativa a imóvel situado no Brasil. O texto é amplo, não se restringindo às ações reais, mas, também, as obrigacionais fundadas em direito real, como a locação (art. 89, I; ver, ainda, o §1° do art. 12 da LICC); b) proceder a inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional (art. 89, II).

> Doutrinadores há que defendem a tese de que deveria haver norma explícita no sentido de excluir a jurisdição brasileira para causas relativas a imóveis situados no estrangeiro, em razão do princípio da efetividade.

8.4. Competência concorrente e litispendência (art. 90, CPC)

Para dar ênfase à supremacia da jurisdição nacional em face da estrangeira, o art. 90 prevê que a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência no Brasil (STJ, na forma do art. 105, I, "i", CF/88, introduzida pela EC n. 45). Esta regra, naturalmente, só existe em função dos casos de competência concorrente, tendo em vista que seria ocioso mencioná-la para os casos de competência exclusiva.

Duas são as justificativas: a) sendo concorrente a competência, é natural que a lei interna prefira o julgamento por nossos tribunais; b) a verificação da litispendência haveria de ser feita pelo juiz de primeira instância, tendo ele que examinar se a sentença proferida no estrangeiro possui certos requisitos de admissibilidade para eventual homologação. Sucede que a competência para isso é do STJ. Assim, teria de fazer um exame provisório e precário de uma matéria que não lhe compete.

9. MÉTODOS PARA IDENTIFICAR O JUÍZO COMPETENTE

A doutrina desenvolveu métodos para a identificação do juízo competente. São itinerários que devem ser observados. Vejamos dois deles, bastante conhecidos.

Roteiro proposto por Nelson Nery Jr. e Rosa Nery:[38] a) verificar se a justiça brasileira é competente para julgar a causa (arts. 88/89); b) se for, investigar se é o caso de competência originária de Tribunal ou de órgão jurisdicional atípico (Senado Federal: art. 52, I e II, CF/88; Câmara dos Deputados: art. 51, I, CF/88; Assembléia Legislativa estadual para julgar governador de Estado); c) não sendo o caso, verificar se é afeto à justiça especial (eleitoral, trabalhista ou militar) ou justiça comum; d) sendo competência da justiça comum, verificar se é da justiça federal (art. 109, CF), pois, não sendo, será residualmente da estadual; e) sendo da justiça estadual, deve-se buscar o foro competente, segundo os critérios do CPC (competência absoluta e relativa, material, funcional, valor da causa e territorial); f) determinado o foro competente, verifica-se o

38. *Código de Processo Civil Comentado – e legislação extravagante em vigor.* 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 421.

juízo competente, de acordo com o sistema do CPC (prevenção, p. ex.) e das normas de organização judiciária.

Itinerário proposto por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Dinamarco e Antônio Carlos Araújo Cintra, no célebre trabalho sobre a Teoria Geral do Processo:[39] a) verificar qual a justiça competente; b) verificar se a competência é de tribunal ou de juízo monocrático; c) verificar a competência de foro (comarca, seção, distrito etc.); d) verificar o juízo competente (vara, órgão fracionário de tribunal etc.); e) verificar o juiz competente, a competência interna na vara ou no órgão colegiado; f) verificar a competência recursal para a referida causa.[40]

10. CRITÉRIOS DETERMINATIVOS DE DISTRIBUIÇÃO DA COMPETÊNCIA

10.1. Consideração introdutória

A competência é distribuída de acordo com vários critérios. A doutrina procurou sistematizá-los, dividindo-os em três espécies: o critério objetivo, o critério funcional e o critério territorial.

Em toda causa os três critérios devem ser observados. Por exemplo: em uma ação de alimentos proposta em Salvador, observa-se o critério territorial (Salvador), o objetivo (Vara de Família) e o funcional (competência originária do juízo monocrático de primeira instância). Há situações em que um dos critérios é irrelevante, como, por exemplo, o exame da competência territorial de um tribunal superior, que exerce jurisdição em todo o território nacional.

A sistematização é útil do ponto de vista prático, pois auxilia na identificação juízo competente, e importante, do ponto de vista técnico, pois é a base de que se vale a legislação brasileira para criar as regras de competência absoluta ou relativa.

10.2. Objetivo: em razão da matéria, em razão da pessoa e em razão do valor da causa

O critério objetivo é aquele pelo qual se leva em consideração a demanda apresentada ao Poder Judiciário como o dado relevante para a distribuição da competência.

É fundamental o conhecimento dos elementos da demanda para a correta compreensão deste critério: partes, pedido e causa de pedir. Com base nos elementos da demanda, distribui-se a competência. Assim, é possível identificar três sub-critérios objetivos de distribuição da competência.

a) Competência em razão da pessoa: a fixação da competência tendo em conta as *partes* envolvidas (*rationae personae*). O principal exemplo de competência em razão

39. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido e CINTRA, Antonio Carlos Araújo. *Teoria Geral do Processo.* 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 232-233.
40. *Teoria Geral do Processo.* 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 232-233.

da pessoa é o da vara privativa da Fazenda Pública, criada para processar e julgar causas que envolvam entes públicos. Há casos de competência de tribunal determinada em razão da pessoa, como prerrogativa do exercício de algumas funções (mandado de segurança contra ato do Presidente da República é da competência do STF, por exemplo: art. 102, I, "d", CF/88).

> Cabe lembrar o enunciado n. 206 da súmula do STJ: "A existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis do processo". O entendimento jurisprudencial é muito importante para esclarecer uma questão prática muito corriqueira: o Estado, uma vez demandando em comarca em que não há vara privativa, costuma alegar a incompetência territorial, sob o fundamento de que ele deveria ser demandado em comarca onde houvesse vara privativa. A alegação do Estado, nesta situação, não tem fundamento. A existência de vara privativa implica que, *na comarca onde ela existir*, as causas contra a Fazenda Pública devem ser perante ela ajuizadas. Não significa que *todas as causas contra a Fazenda Pública* devem ser lá processadas; não se trata de um juízo universal. Se na comarca não há vara privativa, a demanda contra o Estado deve ser processada na vara que para tanto tiver competência (uma vara comum, por exemplo).

b) Competência em razão da matéria: a competência em razão da matéria é determinada pela natureza da relação jurídica controvertida, definida pelo fato jurídico que lhe dá causa. Assim, é a causa de pedir, que contém a afirmação do direito discutido, o dado a ser levado em consideração para a identificação do juízo competente. É com base neste critério que as varas de família, cível, penal etc. são criadas.

> As competências material e pessoal são exemplos de competência absoluta.

> Note que é possível haver uma combinação entre esses critérios. Imagine uma vara da Fazenda Pública, cuja competência se limita ao exame das demandas em que se discutam temas relacionados aos servidores públicos. Há uma competência em razão da pessoa (Vara da Fazenda) e uma competência em razão da matéria (servidores públicos).

c) Competência em razão do valor da causa: há regras de competência que são criadas a partir do valor da causa. O valor da causa é definido a partir do valor do pedido, um dos elementos da demanda. Um bom exemplo de competência em razão do valor da causa é a competência dos Juizados Especiais.

O art. 111 do CPC permite a modificação da competência em razão do valor da causa. Seria, portanto, um exemplo de competência relativa. É por isso que o sujeito pode optar por demandar ou não perante o Juizado Especial Cível, no caso de uma demanda cujo valor é inferior ao do teto dos Juizados Especiais.

No entanto, a questão não é tão simples.

A competência dos Juizados Especiais Federais, onde houver, é absoluta (art. 3°. § 3°, Lei Federal n. 10.259/2001). Cria-se, pois, uma regra de competência em razão do valor da causa que é absoluta.

Do mesmo modo, quando há competência em razão do valor da causa, o juízo é *absolutamente incompetente* para conhecer das causas que extrapolem o limite estabelecido. Assim, por exemplo, se o juízo somente tiver competência para julgar causas até cem salários-mínimos, se ele conhece e julga uma causa cujo valor é cento e dez salários-mínimos, há incompetência absoluta. Perceba, portanto, que, abaixo do limite imposto pela lei, está-se diante de uma competência relativa; acima do limite, de competência absoluta.

> A Lei de Juizados Especiais Cíveis facilita, porém, a solução do problema, pois reputa ineficaz a sentença proferida pelo juiz acima do limite por ela previsto (art. 39 da Lei 9.099/1995). Assim, em vez de discutir a incompetência do juízo em tal situação, se absoluta ou relativa, simplesmente reputa ineficaz a parcela da sentença que exceder o limite legal.

10.3. Territorial

Os órgãos jurisdicionais exercem jurisdição nos limites das suas circunscrições territoriais. A competência territorial é a regra que determina em que território a causa deve ser processada. É o critério que distribui a competência em razão do lugar. Trata-se de competência, em regra, relativa, derrogável pela vontade das partes. As regras de competência territorial serão examinadas adiante, em item específico.[41]

10.4. Funcional

10.4.1. Generalidades

A competência funcional – ou critério funcional de determinação da competência – relaciona-se com a distribuição das funções que devem ser exercidas em um mesmo processo. Toma-se por critério de distribuição aspectos endoprocessuais (internos), relacionados ao exercício das diversas atribuições que são exigidas do magistrado durante toda a marcha processual.[42] "O critério funcional puro é aquele que poderá ser auferido somente da relação jurídica processual".[43]

Vicente Greco Filho sistematizou muito bem a competência funcional, que pode ser: a) por graus de jurisdição (originária ou recursal);[44] b) por fases do processo (cognição

41. "... 'julgar os fatos no lugar onde eles surgem', afirma o parágrafo 18 da Constituição de Maryland de 1776, 'representa uma das maiores garantias da vida, da liberdade e da propriedade do povo'; e a idéia de que os juízes devessem ser escolhidos entre os 'homens da vizinhança' e que o julgamento ocorra 'no país' do imputado forma desde a *Magna Charta* um dos princípios mais arraigados e resistentes da tradição processual anglo-saxã" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 474.). GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. I, p. 172-173.
42. "Os problemas de competência funcional surgem, então, quando o critério básico para a determinação da competência é aquele que encara a função do órgão jurisdicional..." (ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil*. 7 ed. São Paulo: RT, 2000, v. I, p. 275).
43. VINCENZI, Brunela Vieira de. Competência funcional – distorções. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2002, n. 105, p.275 (sic).
44. É bom que se esclareça que também é funcional (e, pois, absoluta) a competência do juízo singular para conhecer e julgar originariamente as causas que lhe são atribuídas.

e execução, p. ex.); c) por objeto do juízo: uniformização de jurisprudência (art. 476 do CPC), declaração de inconstitucionalidade em tribunal (art. 480 do CPC) etc.[45] A distribuição da competência funcional pode ser visualizada em uma perspectiva *horizontal* (na mesma instância, como ocorre no caso de reconhecimento de inconstitucionalidade em tribunal) ou em uma perspectiva *vertical* (em instâncias diversas, como ocorre com a divisão da competência originária e da competência derivada).

Belo exemplo para visualizar a competência funcional (no caso, por objeto do juízo) é o do processo de apuração dos crimes dolosos contra a vida: a) ao juiz singular compete pronunciar ou impronunciar o réu, absolvê-lo sumariamente ou desqualificar o crime; b) uma vez pronunciado o réu, cabe ao Conselho de Sentença condenar ou absolvê-lo; c) Uma vez condenado, voltam os autos ao magistrado singular, para que proceda à dosimetria da pena.

10.4.2. Competência funcional x Competência territorial absoluta

O legislador brasileiro e parte da doutrina nacional adotam, em alguns momentos, a concepção chiovendiana, segundo a qual também se visualiza a competência funcional quando uma causa é confiada ao juiz de determinado território, pelo fato de ser a ele mais fácil ou mais eficaz exercer a sua função.[46] Cria-se, então, uma competência territorial funcional (art. 95 do CPC; art. 2º da Lei Federal n. 7.347/85; art. 4º da Lei Federal n. 6.969/81; art. 80 do Estatuto do Idoso, Lei Federal n. 10.741/2003).

A justificação apresentada para a criação dessa categoria especial (híbrida) de critério de distribuição de competência prova demais: existe alguma regra de competência criada com a consciência de que o magistrado não exercerá da melhor maneira possível as suas funções? Por acaso podemos dizer que, quando se estabelece o foro do domicílio do réu como o genericamente competente (art. 94 do CPC), não objetivava o legislador que neste foro pudesse o magistrado exercer melhor as suas funções?

Consideramos ser caso de competência territorial absoluta (excepcional, é verdade, à luz do art. 111 do CPC), semelhante ao regime do foro da situação da coisa, para as ações reais imobiliárias previstas na parte final do art. 95 do CPC. A doutrina mais recente já se vem apercebendo disso, qualificando a competência da ação civil pública como territorial absoluta.[47] Também neste sentido, mais bem redigido, o art. 209 do Estatuto da Criança

45. *Direito processual civil brasileiro.* 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. I, p. 172-173.
46. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil.* Campinas: Bookseller, 1998, v. 2, p. 223. Também assim LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil.* Trad. Cândido Dinamarco. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 65; NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.* 5 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 1.525.
47. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente.* São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 120-121; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Interesses difusos e coletivos". *Revista trimestral de direito público.* São Paulo: Malheiros, 1993, n. 3, p. 193; MENDES, Aluísio Gonçalves. *Competência cível da justiça federal.* São Paulo: Saraiva, 1998, p. 19; VINCENZI, Brunela Vieira de. *Competência funcional – distorções.* Revista de Processo. São Paulo: RT 2002, n. 105, p.277-278.

e do Adolescente: "As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar e julgar a causa..." Recentemente, também dessa forma, o art. 80 da Lei Federal 10.741, o Estatuto do Idoso: "As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do domicílio do idoso, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas as competências da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores".

> Recente trabalho publicado por Barbosa Moreira parece sistematizar de uma vez por todas o problema da competência funcional e seu verdadeiro conceito. Seu ponto de partida é o art. 2º da Lei 7.347, que, conforme a digressão que faz ao longo do ensaio, peca no rigor técnico ao invocar a competência funcional. Para justificar seu entendimento, expõe o que rezavam as doutrinas alemã e italiana sobre o tema, afirmando que a primeira definiu a competência funcional de maneira sublime, uma vez que ela "entra em jogo *depois* da propositura, *no curso* do processo, à medida que neste se exercitem atribuições diferentes, as quais podem ser conferidas a órgãos também diferentes"; a segunda, a seu ver, desvirtuou o conceito, na medida em que atribuiu a designação também à competência territorial, não admitindo, com isto, a existência de uma competência territorial absoluta, ou seja, que não se modifica. Aliás, é esse o critério que define a competência absoluta. Outrossim, não é surpresa verificar que a legislação brasileira seguiu aqui a doutrina italiana, repetindo equívocos trazidos por Liebman, quando da sua estadia. Não obstante, sugere o renomado autor voltar à concepção alemã, e tratar como funcional a competência que seja definida de acordo com a função do órgão jurisdicional e territorial absoluta aquela definida conforme a geografia.[48]

10.4.3. A competência funcional pela vinculação do juiz ao processo – o princípio da identidade física do juiz (art. 132, CPC)

O art. 132 do CPC estabelece o chamado princípio da identidade física do juiz, segundo o qual o juiz da sentença deve ser o mesmo que ultimou audiência de instrução e julgamento. Trata-se de regra que deriva do princípio da oralidade, segundo o qual as provas devem ser produzidas perante o magistrado que julgará a causa.

> Bem a propósito, a lição de Nery Jr. e Nery: "Princípio da oralidade. Consiste no conjunto de sub-princípios que interagem entre si, com o objetivo de fazer com que seja colhida oralmente a prova e julgada a causa pelo juiz que a colheu. Compõem a oralidade: a) identidade física do juiz; b) a prevalência da palavra falada sobre a escrita; c) a concentração dos atos processuais na audiência; d) a imediação do juiz na colheita da prova; e) a inapelabilidade, em separado, das decisões interlocutórias".[49]

48. Moreira, José Carlos Barbosa. *A expressão "competência funcional" no art 2º da Lei da Ação Civil Pública.* Em: A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. Édis Milaré (coord.). São Paulo: RT, 2005, p. 247-255.
49. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.* 6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 482.

O CPC-73 adotou uma solução prática: manteve o princípio da identidade física do juiz, que vinha desde o CPC-39 (art. 120) como regra geral e impositiva, excetuando-se aquelas hipóteses em que a experiência o desaconselhou.[50]

A Lei Federal n. 8.637/93 reescreveu o art. 132 do CPC, com o objetivo de manter o princípio da identidade física, desde que restrito ao magistrado que concluir a audiência. Impõe, com isso, hipótese de competência funcional e, pois, absoluta. Eis a redação do dispositivo:

> Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.
>
> Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

A vinculação do juiz ao processo, assim, exige o preenchimento de alguns requisitos: a) o juiz ter concluído a audiência de instrução e julgamento (não basta ter concluído a audiência de conciliação); b) ter havido colheita de prova oral; c) não estiver o juiz, por qualquer motivo, afastado ou impedido.

> a) se o juiz não concluiu a audiência, tendo apenas conduzido os atos iniciais, não fica vinculado ao processo; b) embora não haja expressa menção a este requisito, trata-se de conclusão a que se chega com certa facilidade, quando se examina a relação do dispositivo com o princípio da oralidade; c) não obstante não mencione o dispositivo a hipótese do impedimento, é óbvio que se sobrevierem hipóteses em que se comprometa a parcialidade do julgador (arts. 134-135 do CPC), este ficará desvinculado do julgamento da causa.
>
> A propósito, a súmula 262, TFR: "Não se vincula ao processo o juiz que não colheu prova em audiência".
>
> Também assim a súmula 05 do antigo Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro: "Não há vinculação do juiz que iniciou a audiência mas não colheu qualquer prova".

O desrespeito à regra implica nulidade absoluta, pois fere norma que impõe regra cogente de competência. É hipótese, inclusive, que autoriza ajuizamento de ação rescisória (art. 485, II, CPC).

> A propósito, decisão do Superior Tribunal de Justiça: "Identidade física do juiz. Se houve produção de prova em audiência, o juiz que a presidiu fica vinculado, devendo sentenciar o feito, salvo nas hipóteses previstas no art. 132 do CPC. Trata-se de competência funcional, de caráter absoluto. Recurso conhecido e provido" (Resp 56.119-1-PE, rel. Waldemar Zveiter, DJU 04.09.1995, p. 27.829).

A regra, no entanto, é de difícil aplicação prática e tem causado certos transtornos.

50. CARNEIRO, Athos. *Jurisdição e competência.* 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 185.

O legislador, ciente desta circunstância, retirou a exigência em hipóteses de afastamento do magistrado, que, mesmo que tenha terminado a audiência, não fica mais vinculado ao processo. O próprio Alfredo Buzaid manifestou-se na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil:

> "O Brasil não poderia consagrar uma aplicação rígida e inflexível do princípio da identidade, sobretudo porque, quando o juiz é promovido para comarca distante, tem grande dificuldade para retornar ao juízo de origem e concluir as audiências iniciadas. O projeto preservou o princípio da identidade física do juiz, salvo nos casos de remoção, promoção ou aposentadoria. A exceção aberta à regra geral confirma-lhe a eficácia e o valor científico".
>
> Já em 1975, no Simpósio de Curitiba, chegou-se a essa conclusão, de número IV: "O juiz transferido, promovido ou aposentado após o término da instrução não fica vinculado ao processo para o julgamento da lide".

Em razão do acúmulo de serviço, surgiu, na vida forense, a figura do juiz cooperador ou auxiliar, que exercerá a jurisdição em determinado juízo conjuntamente com o respectivo magistrado titular. Não podem ser redistribuídos ao juiz auxiliar, todavia, aqueles processos conclusos para sentença nos quais o juiz titular tenha concluído o recebimento da prova oral.[51]

O magistrado que, não tendo colhido a prova, receber a causa, poderá mandar repetir as provas já produzidas, acaso assim entenda necessário.

11. PRINCIPAIS REGRAS DE COMPETÊNCIA TERRITORIAL

A regra geral de competência territorial é o domicílio do réu, para as *demandas pessoais* e para as *demandas reais mobiliárias* (art. 94, CPC). Se o réu tem mais de um domicílio, fica a critério do autor demandar em qualquer deles – art. 94, §1°, do CPC, e art. 71 do CC-2002. Se o réu é de domicílio incerto ou desconhecido, poderá ser demandado no foro do domicílio onde for encontrado ou no foro do domicílio do autor (art. 94, §2°, do CPC). Se o réu estiver domiciliado no exterior, a ação será proposta no foro do domicílio do autor. Se este também residir fora do Brasil, poderá ser proposta em qualquer lugar (art. 94, §3°, do CPC).[52] Se houver vários réus com

51. CARNEIRO, Athos. *Jurisdição e competência.* 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 192. Ainda sobre o tema, STJ, REsp. 58.043, rel. Min. Torreão Braz, DJU de 10.04.1995, p. 9300.

52. Recente julgado do STJ confirma o que diz o dispositivo, mas adverte que a sua aplicação encerra algumas limitações: "COMPETÊNCIA. CONEXÃO DE CAUSA. INAPLICAÇÃO DA REGRA CONCERNENTE À PREVENÇÃO EM FACE DA INCOMPETÊNCIA DE UM DOS JUÍZOS ENVOLVIDOS. ART. 94, § 3°, DO CPC. No litisconsórcio passivo, se uma das rés tem sede no exterior e as outras no Brasil, a ação deve ser proposta no foro do domicílio destas, e não no da autora, pois a disposição do § 3° do art. 94 do CPC apenas se aplica se não existem outras litisconsortes com sede no Brasil" (REsp n° 223.742-PR). A prevenção não é critério de determinação da competência e, sim, de fixação da competência. A sua aplicação pressupõe que os dois juízos envolvidos sejam igualmente competentes, o que não se dá na espécie presente. Conflito conhecido, declarado competente o MM. Juízo da 43ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro. (CC 29684 / RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 11.10.2000).

domicílios diferentes, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor (art. 94, §4º, do CPC).

Há, porém, *foros especiais*, que merecem expressa referência.

O *Código de Defesa do Consumidor* determina que o foro competente para a discussão das relações de consumo é o do domicílio do autor-consumidor (art. 101, I, do CDC). É regra que beneficia o consumidor, mas não se trata de regra de competência absoluta, dela podendo abrir mão o beneficiário, elegendo a regra geral, que é a do domicílio do demandado.

O *Estatuto do Idoso*, no art. 80, determina a competência absoluta do domicílio do idoso para as causas de que cuida o capítulo em que o artigo está inserido (direitos difusos, coletivos, individuais indisponíveis e homogêneos). Essa referência tem de ser interpretada como se dissesse respeito apenas às causas coletivas. No âmbito individual, o idoso terá o benefício, assim como o alimentando, de demandar e ser demandado em seu domicílio, mas se trata de hipótese de competência relativa.[53]

O CPC estabelece (art. 95) a regra geral para as ações reais imobiliárias: competente será o juízo da situação da coisa, *forum rei sitae*. Estabelecem-se, porém, foros concorrentes: domicílio do réu ou foro de eleição, cabendo a escolha ao autor. No entanto, essa escolha não será possível nos casos de demandas que versem sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, nunciação de obra nova, divisão e demarcação de terras. Nesses casos, a competência é territorial absoluta.

> A *ação pauliana* (invalidação do negócio jurídico em razão de fraude contra credores) tem natureza pessoal, mesmo se o negócio que se pretenda desconstituir tiver por objeto um imóvel.[54]
>
> As *ações edilícias* (arts. 441-442, Código Civil/2002, redibitória e *quanti minoris*)[55] também têm natureza de ação pessoal, e, mesmo se disserem respeito a imóveis, não se submetem à regra do art. 95 do CPC. São os meios processuais para dar efeito à garantia de proteção contra os vícios ocultos da coisa; pode o adquirente utilizar-se de uma ou de outra, mas não lhe é dado cumulá-las.

53. Recomenda-se a leitura do seguinte artigo: YARSHELL, Flávio Luiz. *Competência no Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003)*. Disponível na Internet: http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 29.12.2004, 13h48.
54. Convém reproduzir este julgado do STJ, que parece baralhar os conceitos: "A ação ajuizada não versa somente sobre a simples declaração de nulidade de procuração considerada falsa, mas, também, sobre a declaração de nulidade do próprio registro da escritura de compra e venda efetivada por meio daquela procuração, conforme requerido pelo autor. Por isso a Seção considerou que, embora não se trate propriamente de uma ação anulatória de escritura de compra e venda, no caso a ação está entre aquelas descritas no art. 95 do CPC. Em se tratando de ação sobre direito real, é competente o juízo do foro da situação do imóvel. Precedentes citados do STF: RE 84.698-PI, DJ 8/9/1976, e RE 99.395-SC, DJ 1º/7/1983. CC 26.293-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 18/2/2002".
55. Chamam-se edilícias, "porque se devem, com fisionomia semelhante à que têm hoje, aos *edis curuis* da velha Roma. No antigo direito romano, muito limitada era a responsabilidade do alienante pelos vícios ocultos da coisa. Foram aqueles magistrados, com o fim de sanear as vendas de gado e de escravos nos mercados, onde era frequente a prática de fraudes, que concederam ao adquirente lesado a *actio redhibitoria* e a *actio aestimatoria* ou *quanti minoris...*". MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Quanti minoris". *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 204.

> A ação *ex empto* (art. 500, Código Civil/2002) também tem natureza pessoal, não se submetendo à regra especial do art. 95 do CPC. Trata-se de ação para os casos de venda *ad mensuram* (aquela em que se determina a área do imóvel vendido, estipulando-se o preço por medida de extensão): poderá o comprador ingressar com ação, ao objetivo de que seja entregue a parte faltante da coisa.[56]
>
> São exemplos de outras ações reais:[57] a) *confessória*: funda-se na propriedade e na servidão e visa ao reconhecimento de servidão e a respeitar os seus limites; b) *demolitória:* funda-se na propriedade e nos direitos de vizinhança e visa à demolição de prédio construído em desrespeito às regras do direito de vizinhança; c) *discriminatória:* visa a discriminar as terras devolutas; d) *imissão na posse*: busca-se a posse com base no domínio, sem que se tenha tido anteriormente a posse vindicada; e) *publiciana*: é a reivindicatória proposta por quem usucapiu o bem, mas não teve reconhecida por sentença a usucapião, é a "reivindicatória do proprietário de fato" (Nelson Nery Jr.), é a reivindicatória sem título; f) *reivindicatória*: ação do proprietário que tinha a posse e a perdeu; g) *negatória*: funda-se no direito de propriedade e tem o objetivo de impedir "que a plenitude do domínio seja violada pela constituição de injusta servidão".[58]

O art. 96 do CPC cuida do *foro de sucessão* ou do *"de cujus"*. A regra geral é a de que o foro de domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro. Trata-se de competência relativa.[59] Quando o espólio for réu em litígios sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova, o foro é de competência do domicílio da coisa, e não o do autor da herança, pois aquele prevalece sobre esse. Se o *de cujus* não tinha domicílio certo, o foro será o da situação dos bens (art. 96, parágrafo único, I, do CPC) ou, se houver bens em diversas localidades, competente será o foro do lugar em que ocorreu o óbito (art. 96, parágrafo único, II, do CPC).

Nas ações em que o *ausente* for réu, o foro será o do seu último domicílio (art. 97 do CPC). Da mesma maneira do que ocorre com o caso acima, em se tratando das ações

56. Nelson Nery Jr. e Rosa Nery a consideram um exemplo de ação real e, então, deverá ser proposta no foro da situação da coisa (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 561).
57. Indica-se a leitura do "Quadro Prático das Principais Ações Reais e dos Interditos Possessórios" elaborado por Nelson Nery Jr. e Rosa Nery (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1.232-1.236).
58. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1.235.
59. Enunciado 58 da súmula da jurisprudência do antigo Tribunal Federal de Recursos: "Não é absoluta a competência definida no art. 96, do Código de Processo Civil, relativamente à abertura de inventário, ainda que existente interesse de menor, podendo a ação ser ajuizada em foro diverso do domicílio do inventariado".

enumeradas no art. 95, a competência será a do foro da situação da coisa, que é absoluta na maior parte dos casos.

Nas *ações contra incapaz*, competente será o foro do domicílio do seu representante (art. 98, CPC; art. 76, par. ún., CC-2002).

O art. 100, I, CPC, estabelece um *foro da residência da mulher* para as ações de anulação de casamento, separação e conversão desta em divórcio. Parece-nos que esse discrímen é irrazoável e inconstitucional, notadamente se feito sem o exame das particularidades do caso concreto, tendo em vista a equiparação de direitos e deveres entre os cônjuges, estabelecida pela CF/88. Se, em um dado caso concreto, um cônjuge estiver em uma posição mais fragilizada do que a do outro, é possível imaginar um foro privilegiado, mas sempre *in concreto*, jamais *a priori*. A jurisprudência ainda vacila, havendo precedentes que continuam aplicando o inciso I e outros que o repelem. É, porém, regra de competência relativa, que admite, portanto, prorrogação.[60] De todo modo, o STJ entendeu que, se constitucional esse benefício, a interpretação haverá de ser restritiva, não se estendendo às ações de dissolução de união estável (STJ, 4ª T., REsp 327.086/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 08.10.2002, DJ de 10.02.2003 – recomenda-se a leitura deste julgado, que traz belo apanhado doutrinário sobre o tema, no voto do relator).

Nas ações em que se pedem alimentos, será o foro do domicílio ou residência do alimentando o competente para apreciá-las (art. 100, II, CPC). Quando cumulada com investigação de paternidade, prevalece o foro do alimentando – enunciado 01 da súmula do STJ. Na ação revisional de alimentos, também incide a regra.

As demandas cíveis em cuja causa de pedir se afirme a ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher (a enumeração exemplificativa de formas de violência doméstica e familiar à mulher encontra-se no art. 7º da Lei Federal n. 11.340/2006) poderão tramitar, à escolha da autora, no *foro a)* do seu domicílio ou residência, *b)* do lugar do fato em que se baseia a demanda, *c)* do domicílio do suposto agressor (art. 15, Lei Federal n. 11.340/2006). Trata-se de uma hipótese em que há foros concorrentes, cuja escolha cabe à demandante. É hipótese de competência relativa, disponível, portanto. O tratamento privilegiado dado à mulher, neste caso, justifica-se pela situação de fragilidade em que se encontra quando é vítima de violência doméstica. É preciso, pois, que a demandante afirme a ocorrência deste ilícito para que incida a hipótese legal e se lhe permita a escolha de foros. Não haverá essa opção, por exemplo, em outras ações de família que não se baseiem na alegada prática violenta de que tenha sido vítima. A escolha do foro pode ser feita perante a mesma autoridade policial competente para proceder ao registro da ocorrência da violência, que, de acordo com a lei, tem o poder de remeter ao juízo competente (que poderá ser o que a alegada vítima escolher) o pedido de concessão de "medidas protetivas de urgência" (art. 12, III, c/c art. 22 e segs., Lei Federal n. 11.340/2006).

É do juízo do domicílio do devedor a competência para a ação de anulação de títulos extraviados ou destruídos (art. 100, III, CPC).

60. STJ, 3ª T., Resp n. 27.483/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 04.03.1997, DJ de 07.04.1997, p. 11.112.

Quando a *pessoa jurídica* é demandada, competente é o juízo do lugar onde está a sua sede (art. 100, IV, "a"). Se se tratar de agência ou sucursal, a demanda deverá ser proposta em suas respectivas sedes, se versarem sobre obrigações por elas contraídas (art. 100, IV, "b"). Se ré for sociedade em comum (antiga sociedade de fato), a causa deve ser ajuizada no lugar de sua atividade principal (art. 100, IV, "c").

A alínea "d" do inciso IV do art. 100 do CPC estabelece o *forum obligationis* ou *forum destinatae solutionis*, o foro para o cumprimento de obrigações. A ação em que se exigir o cumprimento de obrigação deve ser ajuizada perante o foro do lugar onde deve ser satisfeita. Essa alínea incide para os casos de obrigação contratual. Se a ação visar à anulação do contrato ou à declaração de sua validade, a competência será a do domicílio do réu.[61-62] No entanto, parece que a jurisprudência do STJ caminha em outra direção. Veja o julgado: "A jurisprudência do STJ consolidou entendimento registrando que pretensões desconstitutivas ou executórias devem ser propostas no foro onde se devem cumprir tais avenças. (STJ, 3ª T., REsp. n. 52.012, rel. Waldemar Zveiter, j. 14.08.1995, DJ de 13.11.1995).

> "Embora o Código de Processo Civil se refira textualmente apenas às ações destinadas a exigir o cumprimento da obrigação avençada, os motivos inspiradores da regra de competência aplicar-se-ão igualmente às demandas pelas quais se pretenda indenização como sucedâneo da prestação, seu equivalente em pecúnia". (2002, p. 91). Nesse sentido, "Tratando-se de demanda relativa à reparação de dano, o foro competente é o do lugar onde se dará o cumprimento das obrigações pactuadas. Inteligência da regra do art. 100, IV, b e d, do CPC". (Resp. 84.642, 3ª Turma do STJ, rel. Waldemar Zveiter, DJ de 24.06.1996, p. 22.757).

Cumpre pontuar, porém, o art. 39 da Lei Federal n. 4.886/65, que estabelece regra especial de competência para *as ações oriundas do contrato de representação comercial*: o domicílio do representante comercial. Há decisões do STJ que reconhecem natureza de competência absoluta a essa regra, o que tornaria ilícita a cláusula de foro de eleição que a modificasse (3ª. T., REsp n. 608.983/MG, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 16.03.2004, DJ de 12.04.2004; 4ª. T., REsp n. 149.759, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 24.06.1998, DJ de 21.09.1998; 4ª. T., REsp n. 47.074, rel. Ruy Rosado Aguiar, j. 29.11.1994, DJ de 06.02.1995). Em *sentido contrário*, entendendo tratar-se de hipótese de competência relativa, STJ, 2ª. S., CC n. 19.849/PR, rel. Min. Costa Leite, j. 10.12.1997, DJ de 13.04.1998. Há outro julgado que não adentra essa discussão, mas afirma que, constatada a hipossuficiência do representante, deve prevalecer a regra especial de competência, em detrimento da cláusula de foro de eleição (4ª. T., REsp n. 533.230/RS, rel. César Asfor Rocha, j. 02.09.2003, DJ de 03.11.2003). Há, ainda, uma decisão, que reconhece como relativa a regra de competência desse art. 39, "podendo ser livremente

61. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 277.
62. *Código de Processo Civil Comentado – e legislação extravagante em vigor.* 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 448.

alterada pelas partes, mesmo via contrato de adesão, desde que não haja hipossuficiência entre elas e que a mudança de foro não obstaculize o acesso à justiça do representante comercial" (2ª S., STJ, EREsp n. 579.324/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 12.03.2008, publicado no DJ de 02.04.2008).

E ainda há mais regras...

Na ação em que for réu o administrador ou gestor de negócios alheios, competente será o juízo do lugar do ato ou fato da gestão (art. 100, V, "b").

O inciso V do art. 100 do CPC estabelece o *forum comissi delicti* – foro para ação de responsabilidade civil extracontratual (art. 100, V, "a"): é o foro do lugar do fato ou ato. Justifica-se a regra como medida de economia, tendo em vista a possibilidade de se fazerem perícias no local do dano, com menos custos. Quando a reparação do dano se der em razão de acidente de veículo ou delito (ação civil *ex delicto*): haverá foros concorrentes, pois poderá ser o foro do autor ou do local do fato, ou ainda, se optar o autor, o foro geral (art. 100, parágrafo único, CPC). O réu não pode opor-se à opção feita pelo autor, nem mesmo se o autor não optar pelo seu domicílio.

> *Extensão do privilégio à seguradora.* "Esse foro excepcional, assegurado à vítima de delito ou de acidente de veículo, em homenagem a sua situação pessoal, 'constitui prerrogativa processual que não se transmite ao que se sub-roga no direito de receber indenização' (STJ, 3ª T., REsp n. 17.794, rel. Min. Nilson Naves, j. 31.08.1992, DJ de 13.10.1992; 4ª. T., REsp n. 19.767/CE, rel. Min. Barros Monteiro, j. 23.11.1993, DJ de 07.02.1994, p. 1.185). Assim, a seguradora sub-rogada nos diretos da vítima, sua segurada, em termos de direito material coloca-se na posição do antigo credor da indenização, mas não em termos de direito processual; permitir destarte que a demanda seja ajuizada na sede da empresa seguradora é conseqüência que não estará na *mens legis*".[63]

Para terminar o exame da competência territorial, convém tecer algumas considerações sobre os *foros distritais* (a divisão territorial da comarca, que se faz por distritos; a comarca, produto de uma divisão territorial, é também repartida). Informa Athos Carneiro que a inclinação predominante é no sentido de serem considerados tais foros como absolutos, pois a sua instituição decorreria de razões de ordem pública, como distribuir melhor a justiça. Doutrinadores e alguns tribunais entendem que a distribuição de competência nos chamados foros regionais ou varas distritais – o mesmo acontecendo com as varas federais do interior – é motivada por razões de ordem pública, sendo, portanto, improrrogável. O enunciado n. 03 da súmula do TJRS confirma isso: "Na comarca da Capital, a repartição dos feitos entre o Foro centralizado e os Foros regionais é motivada por razões de ordem pública, autorizados os juízes a, de ofício, declinar da competência entre os referidos foros, obedecidos os preceitos do COJE e dos arts. 94 a 111 do CPC".

63. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência.* 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 107.

A Justiça Federal divide-se territorialmente em *seções judiciárias*. Cada Estado-membro corresponde a uma *seção*. A *seção judiciária* divide-se, por sua vez, em *subseções*: distribuição da competência federal *dentro* do território do Estado-membro. A *subseção* está para a *seção judiciária* assim como o *distrito* está para a *comarca*.

Exatamente em razão disso, tem-se entendido que a divisão territorial da *seção judiciária* gera hipótese de competência territorial absoluta (equivocadamente tratada como competência *funcional*, consoante já visto), cujo desrespeito admite, por exemplo, o reconhecimento *ex officio* pelo magistrado. Trata-se de orientação bastante consolidada (ver, por exemplo, TRF 1ª Região, 2ª T., AC n. 1999.38.00.031604-6/MG, rel. Des. Catão Alves, j. 16.06.2004, publicado no DJ de 05.08.2004, p. 12). Essa é a razão para considerar lícita a *redistribuição* dos processos para as novas *subseções*, de acordo com a nova divisão territorial da competência: como se trata de alteração superveniente de competência absoluta (ainda que territorial), excepciona-se a regra da *perpetuação da jurisdição* prevista no art. 87 do CPC.

O STF, porém, ao editar o enunciado n. 689 da súmula da sua jurisprudência predominante, parece ter entendido de outra forma, pois permitiu que o segurado, domiciliado em município do interior que possui sede de Justiça Federal, tem a faculdade de demandar contra o INSS no juízo federal da capital: "O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o juízo federal do seu domicílio ou nas varas federais da capital do Estado-membro".

12. MODIFICAÇÕES DA COMPETÊNCIA

12.1. Generalidades

Para analisar os casos de modificação de competência, há de se ter em vista a classificação da competência em absoluta e relativa. Dar-se-á a modificação/prorrogação de competência quando se amplia a esfera de competência de um órgão judiciário para conhecer certas causas que não estariam, ordinariamente, compreendidas em suas atribuições jurisdicionais. Só há modificação da competência relativa: arts. 102 e 114, CPC.

Há casos de modificação legal (conexão e continência) e voluntária (foro de eleição e não oposição da exceção de incompetência) da competência.

Vejamo-los.

12.2. Não-oposição da exceção de incompetência

A incompetência relativa é arguida por meio de exceção. Não sendo oposta a exceção declinatória do foro, prorroga-se a competência. Se não opuser em ação cautelar preparatória, não poderá opor na principal: terá havido prorrogação.

O Ministério Público só pode argüir a exceção quando for réu; nunca como *custos legis*, porquanto esteja dentro do âmbito de disposição das partes. Admite-se, porém, que, no caso em que a sua intervenção se dê em razão da presença de incapaz, possa argüir a incompetência relativa.

12.3. Foro de eleição (art. 111, CPC)

12.3.1. Generalidades

Como já dito, a competência relativa pode ser derrogada pela vontade das partes, que elegerão foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações. O que se elege é o foro, não o juízo. Trata-se de norma que dá aplicação ao disposto no art. 78 do CC-2002. É um caso de prorrogação voluntária da competência, assim como a não-oposição de exceção de incompetência. O acordo há de constar de negócio escrito, aludindo expressamente a determinado negócio jurídico. Anote-se, nessa linha, que não há qualquer óbice à eleição de mais de um foro pelas partes contratantes. Pense-se no exemplo da eleição de dois foros contratuais: um para a hipótese de ser parte autora o contratante "A" e outro para o caso de o demandante ser o contratante "B". Nada impede, ainda, que, em um mesmo negócio jurídico, haja a eleição do foro e a convenção de arbitragem; nesse caso, o foro de eleição servirá para identificação do juízo competente para futura execução da sentença arbitral ou para a demanda por medidas urgentes, ambas hipóteses que fogem da competência do juízo arbitral.

Ao foro de eleição devem submeter-se todos os litígios relacionados ao contrato que o instituiu? Tendo feito amplo apanhado histórico, Moniz de Aragão demonstra que a cláusula de foro de eleição serve para fixar a competência em processos que resultam da obrigação do contrato; ação emanada do contrato, incluindo também aquelas que discutam a sua interpretação. O texto do art. 78 do CC-2002 parece indicar exatamente este sentido: "Nos contratos escritos, poderão os contratantes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes". Deve-se entender a referência a contrato, como se fosse a "negócio jurídico", expressão com sentido mais amplo.

> "A competência do foro de eleição se restringe às questões que resultam do contrato em que foi ele especificado. Segue-se que somente as ações cuja *causa petendi* decorre do contrato é que devem ser propostas no foro de eleição. É o que sucederia, por exemplo, com a cobrança de prestações estabelecidas no contrato, ou mesmo na hipótese da rescisão deste último por inadimplemento, ou seja, pelo não-pagamento das prestações nele estabelecidas. Diverso, por exemplo, é o caso de anulação por vício de vontade, ou de declaração de nulidade por ilicitude do objeto, hipóteses em que a *causa petendi* não emana do contrato, mas de fatos jurídicos a ele externos e mesmo anteriores".[64]

Entretanto, há julgados que, mesmo em causas que versem sobre a validade do contrato, não excluem a competência do foro de eleição para processar e julgar a demanda, sob o fundamento de que se a ação corre entre partes contratantes que estipularam entre si a cláusula do foro de eleição, não se justifica a exclusão do foro eleito simplesmente por versar a demanda sobre a invalidade do pacto; justificaria, isso sim, acaso os demandantes não houvessem sido parte originária da celebração da avença, ao passo em que suas

64. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Notas sobre o foro de eleição". *Revista de Processo,* São Paulo, RT, n. 99, p. 155-156.

disposições não refletiriam sua vontade negocial.[65] Adotando essa postura, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao decidir o Recurso Especial n.º 287.600-PR, assim dispôs:

> "Os recorrentes ainda trazem à colação r. acórdão da egrégia Terceira Turma, segundo o qual, em caso de anulação de contrato, "não aplica-se a cláusula de foro de eleição, mas sim as regras gerais sobre o foro competente' (REsp 6237, rel. Min. Cláudio Santos). Ocorre que aquele precedente foi firmado diante de hipótese em que 'os agravantes não celebraram o contrato de arrendamento, dele permaneceram à margem, mas agora, como herdeiros e interessados, objetivam a decretação de sua nulidade, pelos vícios apontados, com retroação dos seus efeitos'. A situação, como se vê, era diversa, tendo sido naquele caso afastada a regra de eleição de foro a pedido da parte que não figurou no contrato e alegou sua invalidade, pelo que se entendeu que não poderia ter sua ação regida por contrato que não subscreveu e pretendia anular. Não é o que acontece aqui, sendo a ação entre partes contratantes, nada alegado quanto à livre manifestação de vontade na escolha do foro".

12.3.2. Invalidade de cláusula de foro de eleição e remessa dos autos ao juízo competente (art. 112, par. ún., CPC). Nova hipótese de prorrogação da competência (art. 114 do CPC)

A Lei Federal n. 11.280/2006, ao introduzir o parágrafo único ao art. 112 do CPC, resolveu definitivamente antiga questão: saber se o magistrado, *ex officio*, poderia, invalidando cláusula abusiva de foro contratual em contrato de adesão, reconhecer a sua incompetência e, em seguida, remeter os autos ao juízo competente.

Parece que, agora, não há mais dúvida: a resposta a essa pergunta é afirmativa, conforme clara redação do parágrafo único do art. 112: "Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu".

A questão era usualmente formulada para as causas de consumo, em razão do peculiar regramento que a invalidação das cláusulas abusivas de tais contratos possui (art. 51 CDC). O legislador reformista, porém, como se vê do texto do mencionado parágrafo único, não restringiu esse poder aos contratos de consumo: exige-se, apenas, que se trate de cláusula abusiva em contrato de adesão, de consumo ou não.

Convém, por isso, entender a controvérsia que inspirou o legislador reformista. Para tanto, é indispensável que se estabeleçam algumas premissas.

a) O *foro de eleição* ou *foro contratual* é uma cláusula negocial, pela qual as partes do negócio escolhem um foro perante o qual devem ser ajuizadas eventuais demandas

65. Nessa linha, ainda, o seguinte aresto: "PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CONTRATO. FORO DE ELEIÇÃO. PREVALÊNCIA. Consoante entendimento perfilhado pela Terceira Turma em casos idênticos aos destes autos, inexiste, na hipótese, situação excepcional que justifique o afastamento da regra insculpida no artigo 111 do Código de Processo Civil, devendo prevalecer o foro eleito contratualmente". (RESP n. 494.037/BA, rel. Min. Castro Filho, publicado no DJ de 23.06.2003, p. 369).

relacionadas ao respectivo negócio jurídico. Relaciona-se, assim, com a competência territorial, que de regra é relativa.

b) Conforme assentada concepção doutrinária[66] e jurisprudencial (súmula do STJ, n. 33), o magistrado não pode conhecer *ex officio* de sua incompetência relativa.

c) É possível cláusula de foro de eleição em contrato de consumo, desde que não seja abusiva. Considera-se abusiva a cláusula de foro de eleição em contratos de consumo: *i)* se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de intelecção suficiente para compreender o sentido e as conseqüências da estipulação contratual; *ii)* se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; *iii)* se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa (STJ, 4ª T., Resp. 56.711-4-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 07.02.1995). Os fundamentos servem, *mutatis mutandis*, para os negócios que não são de consumo.

d) É possível ao magistrado invalidar, *ex officio*, a cláusula contratual abusiva de consumo, porquanto, à luz do art. 51 do CDC, são nulas de "pleno direito".

e) Vejamos um exemplo. O fornecedor ajuíza determinada demanda relacionada a um contrato de consumo no foro de eleição, que, por acaso, não é o foro do domicílio do consumidor. O magistrado pode, ao receber a petição inicial, verificando a abusividade da cláusula, invalidá-la, tornando-a ineficaz. Como a cláusula de foro de eleição não tem mais eficácia, prevalece a regra geral da competência territorial prevista no CPC, art. 94: competência do domicílio do demandado, que é o consumidor. Isto é indiscutível. A dúvida, porém, era outra: poderia, então, o magistrado declinar da sua competência, remetendo os autos ao juízo competente?

Aplicando o entendimento clássico sobre o tema, embora pudesse reconhecer a ineficácia da cláusula abusiva, não poderia o juiz remeter os autos ao juízo competente, porquanto a sua incompetência, que no caso é territorial, portanto relativa, é insuscetível de reconhecimento *ex officio*.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência seguiram outro caminho. A despeito das premissas levantadas, e com fundamento na circunstância de serem de ordem pública as normas relacionadas à proteção do consumidor (art. 1º, CDC), tem-se admitido que, reconhecendo o magistrado a ineficácia da cláusula de foro de eleição, poderia ele remeter os autos ao juízo competente. Embora se trate (a escolha de foro) de conduta lícita, prevista na legislação processual, a questão deve ser analisada à luz do direito material, porque objeto de disposição contratual em relação de consumo.

66. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa?". *Temas de direito processual – Quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 63-76; DINAMARCO, Cândido Rangel. "Declaração *ex-officio* da incompetência relativa?" *Fundamentos do Processo Civil moderno*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000, t. 1, p. 471-481.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionara sobre o tema:

> "A vigência do Código de Defesa do Consumidor trouxe significativa modificação no entendimento que tinha consagrado a jurisprudência desta Corte quanto a determinados institutos processuais, como por exemplo a natureza relativa da competência territorial que, quando em choque com os princípios estabelecidos naquele diploma não pode ser derrogada pela vontade das partes".[67]
>
> "Conflito de competência. Cláusula eletiva de foro lançada em contrato de adesão. Nulidade com base na dificuldade de acesso ao judiciário com prejuízo à ampla defesa do réu. Caráter de ordem pública da norma. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade do enunciado nº 33 da súmula/STJ. Precedentes. Conflito procedente.
>
> – Tratando-se de contrato de adesão, a declaração de nulidade da cláusula eletiva de foro, ao fundamento de que estaria ela a dificultar o acesso do réu ao Judiciário, com prejuízo para a sua ampla defesa, torna absoluta a competência do foro do domicílio do réu, afastando a incidência do enunciado n º 33 da súmula/STJ".[68]

Percebe-se, pois, que a Lei Federal n. 11.280/2006 consagrou esse entendimento, estendendo-o a todos os contratos de adesão, e não somente os de consumo.

Sucede que essa lei trouxe uma novidade, ao alterar a redação do art. 114 do CPC, ino-vando em tema de prorrogação da competência. Afirma-se, agora, que: "Prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta Lei ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais".

De acordo com a redação anterior, a competência prorrogar-se-ia se não houvesse oposição do demandado – prorrogação tácita da competência. Agora, haverá também a prorrogação se o magistrado não declinar da competência, na forma do parágrafo único do art. 112 (invalidade de cláusula de foro de eleição abusiva).

O sistema de reconhecimento da incompetência foi alterado. É preciso perceber isso.

Explico.

Acostumamo-nos a ensinar aos alunos que a incompetência absoluta pode ser reconhecida *ex officio* e em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 113 do CPC), sem preclusão; a incompetência relativa somente poderia ser alegada pelo réu e no primeiro momento que lhe coubesse falar nos autos, sob pena de preclusão (art. 114 do CPC).

O legislador reformista inovou: há hipótese de incompetência que pode ser conhecida *ex officio*, mas não pode sê-lo a qualquer tempo. É um novo regime jurídico

67. Sálvio de Figueiredo Teixeira, STJ, CC 26.842-DF.
68. STJ, 2ª S., CC 21.433-RN. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 11.11.1998, publicado no DJ de 15.03.1999, p. 81.

de reconhecimento de incompetência, com características dos outros dois (poderíamos adjetivá-lo de misto): a incompetência decorrente da invalidade de cláusula de foro contratual pode ser reconhecida *ex officio* (traço do regime de reconhecimento da incompetência absoluta), mas é suscetível de preclusão (traço do regime da incompetência relativa) – uma preclusão para o juiz.

Assim, deve o magistrado, ao examinar a admissibilidade da petição inicial, verificar a possível incidência do parágrafo único do art. 112; se o juiz determinar a citação do réu, não poderá mais declinar, *ex officio*, da competência por força do mencionado parágrafo. Caberá ao réu opor a exceção de incompetência, podendo, inclusive, alegar a abusividade da cláusula de foro de eleição.

Existem defeitos processuais que, embora possam ser reconhecidos *ex officio* pelo juiz, se não o forem até certo momento, ensejam preclusão. Trata-se do tipo de *defeito* cuja identificação é a mais difícil. É muito importante, porém, admitir a sua existência, até mesmo para mitigar a regra de que toda invalidade que pode ser decretada *ex officio* pode sê-lo a qualquer tempo, o que compromete a segurança jurídica e as finalidades do processo (ver capítulo sobre as invalidades processuais). A nova redação do art. 114 do CPC é um bom exemplo deste tipo de defeito processual.

12.4. Conexão e continência

12.4.1. Considerações gerais sobre a conexão. Conceitos legais de conexão e continência. Insuficiência do conceito legal. A conexão por prejudicialidade ou por preliminaridade

Conexão é uma relação de semelhança entre demandas, que é considerada pelo direito positivo como apta para a produção de determinados efeitos processuais. A conexão pressupõe demandas *distintas*, mas que mantêm entre si algum nível de vínculo.

Trata-se de conceito jurídico-positivo: cabe ao direito positivo de cada país estabelecer qual o tipo de vínculo considerado como relevante e quais são os seus efeitos jurídicos. Não há um conceito universal (lógico-jurídico) de conexão.

> A conexão no processo penal, por exemplo, pode configurar-se quando houver acusação de prática de crimes por pessoas que estão vinculadas. Já no processo civil, normalmente reputam-se conexas demandas que possuam identidade de algum dos seus elementos objetivos (pedido ou causa de pedir) idênticos (p. ex.: art. 103 do CPC brasileiro). Cogita-se de conexão até mesmo quando o vínculo entre demandas se estabelece pela semelhança do objeto da prova (conexão probatória), como é exemplo o inciso II do art. 6º da proposta de Código Brasileiro de Processos Coletivos formulada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual.[69]

69. "Art. 6º. Relação entre demandas coletivas – Observado o disposto no artigo 22 deste Código, as demandas coletivas de qualquer espécie poderão ser reunidas, de ofício ou a requerimento das partes, ficando prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, quando houver: (...) II – conexão probatória, desde que não haja prejuízo à duração razoável do processo".

Diversos institutos processuais pressupõem *conexão*, tais como a cumulação de pedidos, o litisconsórcio, a reconvenção, a modificação de competência etc. A conexão pode caracterizar-se de maneira diferente para cada um desses institutos. Assim, é possível falar de conexão *para modificação de competência*, que se baseie em certo nível de vínculo entre as demandas, e de conexão *como pressuposto para a reconvenção*, que se verifica a partir do preenchimento de pressupostos diferentes.[70]

A conexão é fato jurídico processual que normalmente produz o efeito jurídico de determinar a *modificação da competência relativa*, de modo a que um único juízo tenha competência para processar e julgar todas as causas conexas. Esta é a conexão examinada neste item.

O regramento da continência é semelhante e, de acordo com o regramento do processo civil brasileiro, a continência é um exemplo de conexão, produzindo os mesmos efeitos desta. Devem, pois, ser estudadas conjuntamente. O que se falar sobre a conexão vale, também, para a continência, ao menos no processo civil brasileiro.

A conexão, para fim de modificação de competência, tem por objetivo promover a economia processual (já que são semelhantes, é bem possível que a atividade processual de uma sirva a outra) e evitar a prolação de decisões contraditórias. A reunião das causas em um mesmo juízo é o efeito principal e desejado, exatamente porque ele atende muito bem às funções da conexão.

A reunião das causas em um mesmo juízo é o efeito jurídico mais tradicional da conexão. O art. 105 do CPC diz que o juiz *pode* reunir os processos em se tratando de ações conexas. Na verdade, se houver conexão, aliada ao risco de decisões contraditórias e a possibilidade de reunião, o magistrado *deve* reunir os processos, pois se trata de norma processual cogente. A conexão é fato que atribui ao órgão jurisdicional uma competência absoluta, por isso ele pode conhecer de ofício desta alteração de competência. Esse é o regramento básico do instituto no CPC (arts. 103-105).

> É possível, porém, que a conexão produza outro efeito jurídico. Imagine-se o caso de causas conexas que tramitem em juízos com competências materiais distintas ou que tramitem sob procedimentos distintos. Nesse caso, não será possível a reunião dos processos, quer porque haveria alteração de competência absoluta (que se não admite no direito brasileiro), quer porque as causas não poderiam ser reunidas para tramitar sob procedimentos diversos. A conexão, então, fará com que uma das causas fique suspensa, à espera da decisão da outra, de modo a evitar que sejam proferidas decisões contraditórias (art. 265, IV, "a", CPC; ver capítulo sobre "suspensão do processo", neste volume). Se não for possível a reunião, a conexão pode gerar a suspensão de um dos processos, portanto.
>
> É preciso, portanto, distinguir o *fato jurídico conexão*, dos *efeitos jurídicos da conexão*. Conexão não é a reunião dos processos. Conexão é o fato que pode ter

70. A propósito dos diversos conceitos de conexão, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979.

> essa conseqüência. Pode haver conexão, como visto, sem que haja reunião dos processos. Essa distinção entre o fato (conexão) e o efeito (reunião) está bem posta no enunciado n. 235 da súmula da jurisprudência do STJ: "A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado".

Partindo da premissa de que se trata de conceitos de direito positivo (contingentes, portanto; modificáveis por "vontade legislativa"), vejamos como eles aparecem no direito processual brasileiro.

O legislador brasileiro optou por conceituar *conexão* no artigo 103 do CPC: "Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir". Optou, também, por conceituar *continência*: "Art. 104. Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras".

A opção legislativa não está imune a críticas. Antes de fazê-las, cabem três observações.

a) O conceito de *continência*, curiosamente, está contido no conceito de *conexão*, pois para que haja *continência* é necessária a identidade de causa de pedir, e se isso ocorre já é caso de *conexão*; a *continência* é exemplo de *conexão*, sem qualquer tratamento jurídico diferenciado, razão pela qual a partir de agora só nos referiremos à conexão, como gênero.

b) Não se deve confundir *continência* com *litispendência*: na continência o pedido de uma demanda abrange (contém) o pedido da outra. Pedido aqui não é o conjunto dos pedidos formulados em uma petição inicial, mas cada um dos pedidos efetivamente deduzidos. Se em uma demanda há três pedidos e na outra há dois pedidos, não há continência porque a primeira "conteria" a segunda. Se os pedidos formulados na segunda demanda também foram formulados na primeira, o caso é de *litispendência parcial*. Na *continência* os pedidos das causas pendentes são diversos: um engloba o outro. Dois exemplos: *i)* se se pede a anulação de um contrato, em uma demanda, e a anulação de uma cláusula do mesmo contrato, embora diferentes os pedidos, o primeiro engloba o segundo; *ii)* pedido de anulação do ato de inscrição de crédito tributário na dívida ativa e pedido de anulação do ato de lançamento (esse engloba aquele, visto que a anulação do ato de lançamento implicará a anulação dos que lhe forem subseqüentes, inclusive o de inscrição em dívida ativa).

c) O conceito legal de conexão é eminentemente objetivo: haverá conexão se houver identidade em um dos elementos objetivos da demanda. Embora claro, o conceito legal não é dos melhores. As críticas doutrinárias são generalizadas.

A principal crítica que se faz é a da sua insuficiência: o legislador optou por um conceito bastante restrito de conexão, que, em sua literalidade, não abrange diversas situações em que ela certamente ocorre.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, taxando de ilusória a convicção do legislador de que a regra do art. 103 do CPC eliminaria as elucubrações doutrinárias, informa que,

embora a maioria da doutrina preste "homenagem ostensiva à noção de conexão baseada na identidade parcial dos elementos a que alude o art. 103, termina por dilatar os contornos da figura, reconhecendo ocorrência de conexidade entre as causas que não tem o mesmo objeto nem o mesmo fundamento".[71] Conclui ser insuficiente o conceito, porque "a definição não abrange todo o definido".[72]

> A mesma flexibilização do conceito é vista na jurisprudência. Há julgados que admitem que "quando duas ações têm fundamento num mesmo contrato, há identidade de causas e, pois, conexão" (RP 3/330, em. 51), como por exemplo, "entre ação para cumprimento e ação para anulação do contrato" (RT 789/271, JTA 39/256).
>
> Há outros exemplos, tais como: conexão entre ação de alimentos e ação de modificação de guarda de guarda do alimentando (STJ – RT 762/197); conexão entre ação de usucapião e reivindicatória (RJTJESP 114/293, Bol. AASP 1.535/115); conexão entre ação renovatória de locação e ação revisional de aluguel (STJ – RT 748/195, RT 711/159, Lex – JTA 141/228). [73]

CELSO AGRÍCOLA BARBI adverte, contudo, que a "afirmação contida no artigo não é errada, porque, realmente, segundo doutrina dominante, as causas que tiverem aquelas características são conexas. A falha da lei está em que a hipótese prevista é aquela uma, entre as várias em que ocorre a conexão". [74]

A lição do processualista mineiro está correta.

De fato, o comando do art. 103 refere-se a uma hipótese mínima de *conexão*: naquelas circunstâncias, sem dúvida há conexão. No entanto, é definição incompleta. Nesse passo, OLAVO OLIVEIRA NETO posiciona-se criticamente, afirmando que "uma regra deve ser formulada tendo em vista as hipóteses que pretende regular e não apenas uma parte delas".[75]

O mesmo OLAVO DE OLIVEIRA NETO[76], em seus estudos sobre a conexão, faz um excelente trabalho ao sintetizar as principais teorias sobre a matéria em três correntes principais.

---

71. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 125.
72. Ob. cit., p. 126.
73. NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 209 e 210.
74. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1, p. 465.
75. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994, p. 62.
76. MONIZ DE ARAGÃO, em artigo científico onde analisa a obra de Pescatore, sustenta que para que a conexão se caracterize "é indiferente que os elementos 'comuns' sejam, ou não, idênticos. Tanto poderá ocorrer a identidade entre um, ou dois deles, como poderá dar-se de serem 'comuns', isto é, semelhantes. A comunhão, ou semelhança pode levar à identidade parcial. Assim é que são 'comuns' as 'ações' se em uma delas a *causa petendi* mediata for a mesma, embora seja diferente a *causa petendi* imediata. O mesmo acontecerá se o pedido mediato for idêntico, conquanto o pedido imediato seja diverso. Nesses casos haverá identidade, em parte, e semelhança ocorrerá quanto ao todo". ("Conexão e tríplice identidade". *Revista Ajuris*. Porto Alegre: AJURIS, 1983, n. 28, p. 79).

Eis a síntese da síntese.

Teoria tradicional: identidade entre pedido e causa de pedir. É a teoria adotada pelo nosso código (art. 103 do CPC), fundada na doutrina de MATTEO PESCATORE (em sua obra *Sposizione Compendiosa Della Procedure Civile e Criminale*, 1864). Alguns doutrinadores mantêm-se fiéis a essa teoria. Flexibilizam-na, contudo, sua aplicação, afirmando que essa identidade pode ser parcial (ex. mesmo pedido mediato ou imediato). Já para outros o art. 103 do CPC é correto, mas não seria exaustivo nas hipóteses de conexão.

Teoria de CARNELUTTI: identidade de questões. Para que demandas sejam havidas por conexas, bastará que ambas sejam sede de discussões acerca de determinadas razões de fato e de direito comuns (ex.: nas ações de despejo e de consignação, discutem-se questões comuns como, por ex., o pagamento dos alugueres). Com essa teoria a concepção do fenômeno evoluiu, mas não o bastante para alçar sua forma mais completa.

Teoria materialista: identidade da relação jurídica de direito material. Causas são conexas quando decidem mesma relação de direito material, ainda que sob enfoques diversos. É a teoria adotada por OLAVO OLIVEIRA NETO. A conseqüência processual do fenômeno é a garantia de *julgamentos uniformes* e a *economia processual*. "Se são conexas as causas que derivam de uma mesma relação jurídica material, então é conseqüência do vínculo de conexão que os julgados sejam uniformes". [77]

Malgrado a existência dessa profusão de teorias sobre o assunto, aceita-se na prática e na jurisprudência, a *teoria materialista*.

Mas ainda assim não é suficiente. É certo que a solução do problema passa pelo exame da relação jurídica discutida nos processos: se for a mesma, ainda que posta sob perspectivas diversas, há conexão. Mas também há conexão quando dois processos discutam relações jurídicas distintas, mas que estejam vinculadas (por prejudicialidade ou preliminaridade).

Vejamos dois exemplos, um de cada caso: *i)* mesma relação jurídica, discutida em dois processos distintos: ação de despejo por falta de pagamento e ação de consignação em pagamento do mencionados alugueres (discute-se a mesma relação jurídica locatícia); *ii*) diversas relações jurídicas, que no entanto estão ligadas: investigação de paternidade e alimentos (relação jurídica de filiação e relação jurídica de alimentos, embora distintas, umbilicalmente ligadas).

A conexão, assim, surge do vínculo que se estabelecer entre o objeto litigioso (âmbito substancial) de duas ou mais causas. Trata-se de concepção mais abrangente e afinada com a finalidade própria do instituto da conexão: a partir da reunião de causas "semelhantes", evitar decisões contraditórias e racionalizar o trabalho do Poder Judiciário, com a economia de energias processuais.

77. OLIVEIRA NETO. Olavo. *Conexão por prejudicialidade*, p. 65.

A conexão deve ser definida à luz do direito material (objeto litigioso do processo; demanda). Isso é fundamental. Embora seja constatada a partir do exame do direito material deduzido em juízo, a conexão é fato jurídico processual, que produz relevantes efeitos: ao impor a reunião das causas no mesmo juízo, expurga julgamentos divergentes sobre a mesma situação jurídica material, prevenindo a iniqüidade.

A conclusão não pode ser outra senão a de que a noção de conexão é muito mais abrangente do que indica o conceito legal previsto no art. 103 do CPC. Essa visão autoriza-nos a concluir pela existência de conexão por prejudicialidade ou preliminaridade: se uma causa é prejudicial/preliminar a outra, há conexão e a reunião se exige, respeitados os limites impostos para qualquer reunião. Sobre o conceito de questão/causa preliminar e prejudicial, ver capítulo sobre objeto da cognição, em que são citados vários exemplos. Ver, ainda, o capítulo sobre suspensão do processo, especificamente os comentários ao art. 265, IV, a, CPC.

12.4.2. Conexão na instância recursal

É possível falar de conexão como relação de semelhança entre recursos, interpostos em um mesmo processo e que devem ser dirigidos a um mesmo juízo (câmara, seção, turma etc.) e, por óbvio, ao mesmo relator. É por isso que o art. 559 do CPC determina que o agravo de instrumento seja julgado antes da apelação, se interpostos ambos no mesmo processo.

> Confira-se a lição de José Rogério Cruz e Tucci: "Em segundo grau, a prevenção se dá geralmente pelo conhecimento de um incidente ou impugnação, sendo certo que a turma julgadora que conhecer de um recurso acerca de determinada demanda atrairá, para julgamento, outros que sejam eventualmente interpostos no mesmo processo. Justifica-se a prevenção pela racionalização do serviço judiciário, sobrelevando-se aqui também a economia processual e a coerência das decisões em causas conexas".[78]

Também é possível falar de conexão de recursos que provenham de causas distintas, mas que sejam conexas: se as causas são conexas, os recursos nelas interpostos também o serão.[79] Também haverá conexão de recursos se provierem de causas que mantenham entre si uma relação de acessório/principal, como ocorre entre a ação cautelar e ação de conhecimento/execução.

12.4.3. Forma de alegação

Qualquer das partes pode alegar a conexão/continência, que de resto pode ser conhecida *ex officio* pelo juiz. Normalmente, quando o autor alega a conexão o faz na petição inicial, quando já pede, *incontinenti*, a distribuição por dependência (art. 253, I, CPC).

78. *A causa petendi no processo civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 220.
79. Ver, por exemplo, CARNEIRO, Athos. *Jurisdição e competência*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, nota 61, p. 60; STJ, 6ª T., REsp n. 49652/RJ, rel. Min. Adhemar Marciel. DJ 31.10.1994, p. 29.536.

> Perceba que o órgão jurisdicional pode, *ex officio*, conhecer da *modificação legal da competência relativa* (conexão e continência), mas não pode conhecer de ofício da *incompetência relativa*. São fatos distintos a *modificação da competência*, alegável a qualquer tempo e cognoscível de ofício, e a *incompetência relativa*, que somente pode ser alegada pelo réu.

Ao réu cabe alegar a conexão em preliminar de contestação. Não se alega a conexão por exceção de incompetência: a conexão pressupõe que o juízo era competente e teve a sua competência modificada. A exceção de incompetência suspende o processo, efeito que não pode ser imputado à alegação de conexão, mesmo que feita pela equivocada via da exceção instrumental. Ver, a propósito, o REsp n. 42.197/SP, 6ª T do STJ, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 25.09.2001, publicado no DJ de 04.02.2002, p. 575:

> "2. Exceção de incompetência não é meio idôneo para discutir a ocorrência de conexão de ações (artigo 301, inciso VII, do Código de Processo Civil).
>
> 3. Não configurando exceção de incompetência a petição que pretende meramente o reconhecimento da conexão, muito embora assim formalmente intitulada, não subsiste qualquer motivo a ensejar tanto a suspensão do processo quanto a autuação em apartado, permitindo-se ao magistrado, se a causa admitir, julgar antecipadamente a lide sem previamente proceder a nova intimação da ré.
>
> 4. Havendo determinação expressa e clara da via adequada para se buscar o reconhecimento de conexão, não prevalecem os efeitos próprios da exceção de incompetência.
>
> 5. Em sendo a conexão, enquanto causa de prorrogação de competência, matéria que deve ter sede na resposta direta ao pedido, como na letra do art. 301, inciso VII, do Código de Processo Civil e, não, matéria de exceção de incompetência, não se desobriga o réu do ônus de oferecer tempestivamente contestação, submetendo-se, pois, aos efeitos que lhe decorrem do princípio da eventualidade".

12.4.4. Distinção entre a alegação de modificação de competência *e a alegação de* incompetência relativa

Diante de tudo o quanto se expôs, é preciso, finalmente, reiterar a lição: não se pode confundir a *alegação de modificação da competência* com *alegação da incompetência relativa.*

Ao afirmar a ocorrência de uma hipótese de modificação de competência, parte-se da premissa de que o órgão jurisdicional é competente, mas, em razão da prorrogação da competência, deve a causa ser remetida a outro órgão jurisdicional, o prevento (é nisso que consiste a *modificação*). Quando se aponta a incompetência relativa, nega-se, de logo, que o magistrado tenha competência para conduzir a causa, pedindo-se a remessa dos autos ao juízo *competente.*

A competência que surge para o juízo prevento tem natureza absoluta (funcional), sendo essa a razão pela qual é possível o conhecimento *ex officio* da conexão/continência: ao autorizar a modificação da competência, surge uma hipótese de competência absoluta

do órgão jurisdicional prevento, que justifica, inclusive, a quebra da perpetuação da jurisdição prevista no art. 87 do CPC. A *modificação legal* da competência é uma questão que transcende o interesse das partes, indisponível, portanto, na medida em que se relaciona com a economia processual e serve para minimizar os riscos de desarmonia das decisões.

Cabe, assim, apresentar um quadro distintivo.

	Alegação de modificação de competência relativa	Alegação de incompetência relativa
Legitimidade	Qualquer das partes pode suscitar a questão, além de o órgão jurisdicional poder conhecê-la *ex officio*	Somente o réu pode suscitar a questão. Entende-se que também o Ministério Público pode alegar incompetência relativa em benefício de réu incapaz.
Efeito do acolhimento	Remessa dos autos ao juízo prevento	Remessa dos autos ao juízo relativamente competente
Forma de alegação	No bojo da petição inicial ou contestação, por simples petição ou até mesmo oralmente	Exceção de incompetência
Momento	Enquanto o processo estiver pendente	No primeiro momento que couber ao réu falar nos autos, sob pena de preclusão

12.4.5. A conexão em causas coletivas pode importar modificação da competência absoluta

A competência territorial na ação civil pública é absoluta. A conexão, de acordo com o regramento do CPC, não pode modificar competência absoluta, apenas a relativa. É possível, então, reunir ações civis públicas, cada qual com competência absoluta distinta?

Parece, realmente, que, ao se acrescentar o par. ún. ao art. 2º da Lei Federal n. 7.347/85[80], criou-se uma conexão que permite a mudança de competência absoluta, a ensejar a reunião dos processos para julgamento simultâneo. Marcelo Abelha Rodrigues aponta com precisão essa circunstância.[81] Nelson Nery Jr. também defende a reunião dos processos.[82] O dispositivo aplica-se também à continência, que nada mais é do que uma especial forma de conexão.[83]

---

80. "Parágrafo único. A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto".
81. "Com relação à conexão, a regra da reunião dos processos deve ser imperativa, não se admitindo outra interpretação que não seja a da obrigatoriedade da reunião, mesmo sabendo-se que a competência para esta modalidade de demandas é do tipo absoluta, e que por isso afastaria a regra da reunião". RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente.* São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 132.
82. NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado,* 2002, p. 1.335.
83. BUENO, Cassio Scarpinella. *O poder público em juízo.* São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 128

O curioso, no entanto, é a incompatibilidade desse parágrafo com outro dispositivo da lei de ação civil pública, cuja redação foi alterada pela mesma medida provisória: o art. 16. O art. 16, Lei Federal n.7.347/85, e o art. 2º-A, Lei Federal n.9.494/97, visam restringir a eficácia subjetiva da coisa julgada em ação coletiva, impondo uma limitação territorial a essa eficácia, restrita ao âmbito da jurisdição do órgão prolator da decisão. "De fato, partindo-se da premissa de que a regra de prevenção foi estabelecida para regular hipóteses de reunião das causas conexas (aqui obrigatória, mesmo sendo competência 'funcional' absoluta), uma de duas: ou a regra aplica-se apenas aos casos de ações conexas propostas na mesma comarca ou na mesma região, para não entrar em choque com o art. 16, que circunscreve os limites (objetivos e subjetivos) da coisa julgada aos limites da competência territorial, ou então conclui-se que a regra do art. 2º, parágrafo único, aplica-se *tout court*, e está tacitamente revogado e inválido, também por mais este motivo, o art. 16 já citado.[84]

Esse regramento especial da conexão em causas coletivas leva-nos a concluir que a vetusta lição de que conexão modifica competência relativa deve ser revista. Conexão pode modificar competência territorial, em regra relativa, mas que, em alguns casos, pode ser absoluta.

12.4.6. Possibilidade de reunião de causas conexas, sendo uma de conhecimento e a outra de execução

O móvel da conexão é evitar a existência de decisões contraditórias, tanto que se fixou como um seu efeito a reunião dos processos, a fim de que sejam decididos simultaneamente.

É possível, então, que uma causa de conhecimento seja reunida com uma causa de execução, se elas forem conexas entre si.

Parte-se da seguinte indagação: há julgamento em execução? Não, é certo. Mas será que isso é o suficiente para que não se possa falar de reunião de causas conexas em tais situações? Vejamos.

Eis a lição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery:

> "Execução. Pode existir conexão ensejadora da reunião de processo entre ações de conhecimento. Embora em tese possa haver conexão entre ação de conhecimento e de execução, não é possível a reunião de processos quando uma das ações é de execução, porque nesta não há julgamento de mérito, inexistindo perigo de decisões conflitantes, que é a finalidade última da modificação de competência pela conexão".[85]

84. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente.* São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 129.
85. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor.* 3 ed. São Paulo: RT, 1997, p.416.

Acontece que, induvidosamente, o Poder Judiciário corre o risco de assumir posições contraditórias: mandar executar um contrato e, ao mesmo tempo, em outro juízo, determinar a sua revisão/extinção. É em razão disso que doutrina mais moderna tem redimensionado o conceito e a finalidade da conexão, para esse fim, em posição com a qual concordamos.

Há nítida relação de prejudicialidade entre uma demanda de revisão/extinção do contrato e uma outra que determine a execução deste mesmo contrato. Por exemplo: uma vez revisto o contrato bancário de financiamento imobiliário, com o reajuste que equilibre as posições contratuais, o leilão extrajudicial do imóvel, que deu origem a pleito imissão de posse (Decreto n. 70/66), reputar-se-á cancelado, perdendo o sentido, então, o prosseguimento desta execução.

Sandro Gilbert Martins aborda a relação de prejudicialidade entre a demanda de revisão de contrato e a de execução, decorrente do mesmo contrato:

> "Embora essa dificuldade não seja pressuposto da respectiva ação, fica fácil perceber que se de um lado pode desejar o consumidor discutir a parte da relação contratual que lhe desfavorece, de outro, o fornecedor pode buscar a execução do contrato (CPC, art. 585, II), em razão do inadimplemento que se verificou.
>
> É justamente em situações como essa que se evidencia a prejudicialidade entre uma ação de modificação ou revisão de cláusula contratual e a execução do mesmo contrato.
>
> A ação de modificação ou revisão de cláusula contratual é de natureza constitutiva e, quando diga respeito à parcela do contrato que disponha sobre as qualidades de certeza, liquidez ou exigibilidade da execução, fica ainda mais evidente a possibilidade de influência desta perante a execução.
>
> (...)
>
> Não há como negar, diante da evidente prejudicialidade, que podem essas ações de modificação ou revisão de cláusula contratual serem convertidas em embargos, servirem de defesa heterotópica ou, ainda, serem reunidas aos embargos, em razão da continência.
>
> É de se perceber, inclusive, que a discussão travada nessas ações pode implicar uma prejudicialidade total ou parcial, pois se pode extirpar por completo a cláusula objeto da ação e, por conseqüência, impedir ou extinguir a execução; ou, apenas, adequar a cláusula a uma nova realidade, limitando a atividade executiva".[86]

Arremata o autor paranaense, defendendo a necessidade de reunião das causas no mesmo juízo, ficando suspenso o processamento da demanda executiva: "Os interesses em jogo (a certeza e a satisfação sobre a obrigação) permitem que haja a reunião dos feitos,

86. MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas.* São Paulo: RT, 2002, p. 234-236.

até mesmo em homenagem ao princípio da economia processual, evitando-se, ainda, uma execução injusta".[87]

Quem, entretanto, escreveu com pena de ouro sobre o tema, em livro que se já tornou um clássico, foi Olavo de Oliveira Neto, magistrado paulista, cujas lições nos servem como arremate deste item:

> "Já entre as ações de conhecimento, e entre estas e as de execução, vislumbramos a existência de relação de prejudicialidade e, portanto, a espécie de que aqui se trata [conexão por prejudicialidade]
>
> (...)
>
> Já se viu que a conexão de causas, em que pese o teor do art. 103 do CPC, não deve ser aferida segundo a identidade de elementos da ação. A teoria tradicional está superada e não é a melhor forma de identificar o fenômeno. Aplicando ao caso a teoria materialista observamos que ambas as ações se fundam numa mesma relação jurídica de Direito Material, havendo cisão de um conflito de interesses, já que numa ação se busca excutir o título e na outra torná-lo inexequível.
>
> A diversidade de forma procedimental, por seu turno, também não é óbice para determinar a não união das causas em virtude da conexão, já que podem ter seguimento simultâneo, suspendendo-se a execução após a prática de todos os atos conservativos de direitos, ocasião em que se aguardará a decisão da ação declaratória, que poderá retirar do título sua força executiva.
>
> Por derradeiro, o fato da execução não comportar julgamento, também não impede o reconhecimento da conexão, já que, por disposição legal, existem casos em que ações de conhecimento são apensadas com ações de execução, como é o caso dos embargos do devedor e dos embargos de terceiros".[88]

O STJ vem admitindo a possibilidade de reunião, em razão da conexão por prejudicialidade, de uma ação de conhecimento e uma ação executiva. A jurisprudência é farta a respeito do assunto.[89]

87. MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas.* São Paulo: RT, 2002, p. 128-129.
88. OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por prejudicialidade.* São Paulo: RT, 1994, p. 89-90.
89. Admitindo a reunião de ação anulatória e execução fiscal, em razão de conexão por prejudicialidade: STJ, 2ª T., REsp n. 603.311/SE, rel. Min. Eliana Calmon, j. 14.06.2005, publicado no DJ de 15.08.2005, p. 249; STJ, 1ª T., REsp n. 574.357/SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. 25.04.2006, publicado no DJ de 04.05.2006, p. 439; STJ, 1ª T., REsp n. 517.891/PB, rel. Min. Luiz Fux, j. 02.09.2003, publicado no DJ de 29.09.2003, p. 169. Convém transcrever os itens 5, 6 e 7 da ementa desse último julgado do STJ: "5. Conciliando-se os preceitos tem-se que, precedendo a ação anulatória, a execução, aquela passa a exercer perante esta inegável influência prejudicial a recomendar o *simultaneus processus*, posto conexas pela prejudicialidade, forma expressiva de conexão a recomendar a reunião das ações, como expediente apto a evitar decisões inconciliáveis. 6. O juízo único é o que guarda a mais significativa competência funcional para verificar a verossimilhança do alegado na ação de conhecimento e permitir prossiga o processo satisfativo ou se suspenda o mesmo. 7. Refoge à razoabilidade permitir que a ação anulatória do débito caminhe isoladamente da execução calcada na obrigação que se quer nulificar, por isso que, exitosa a ação de conhecimento, o seu resultado pode frustrar-se diante de execução já ultimada".

12.4.7 Conexão por afinidade. Um novo modelo de conexão para o julgamento de causas repetitivas

Os arts. 543-B e 543-C, ambos do CPC, que cuidam do julgamento por amostragem de *recursos extraordinários* (recurso extraordinário para o STF e recurso especial para o STJ) em causas repetitivas, prevêem um novo caso de conexão no direito brasileiro: uma *conexão por afinidade* entre esses recursos. Opta-se por usar o termo *afinidade* por uma questão prática: trata-se de designação para um certo tipo de vínculo entre causas já bastante consagrada na doutrina brasileira, que serve à aplicação do inciso IV do art. 46 do CPC (*litisconsórcio por afinidade*, examinado no capítulo respectivo). As "causas repetitivas" são exatamente aquelas em que os autores poderiam ter sido litisconsortes por *afinidade*, mas, por variadas razões, optaram por demandar isoladamente.

De acordo com o modelo tradicional de conexão previsto nos arts. 103-105 do CPC, essas causas não poderiam ser consideradas conexas: não há pedido nem causa de pedir iguais. Também não há entre elas relação de prejudicialidade ou preliminaridade: a solução de uma em nada afeta a solução da outra. Trata-se de causas que se relacionam pela *afinidade* de algumas questões de fato ou de direito.

As causas repetitivas têm exigido do legislador e da doutrina uma atenção especial. Elas são as grandes responsáveis pela crise do Poder Judiciário. São milhões (sem exagero) de demandas ajuizadas com questões idênticas (a correção dos expurgos inflacionários causados pelos planos econômicos governamentais de 1989 e 1990 nas contas de FGTS é o principal exemplo). Note que há diversos novos institutos cujo propósito é exatamente o de criar um novo modelo de processo para o julgamento deste tipo de causa: súmula vinculante, julgamento liminar de causas repetitivas (art. 285-A, CPC), ação coletiva para direitos individuais homogêneos (art. 103, III, CDC) etc. A conexão por afinidade entre recursos extraordinários repetitivos é mais um exemplo desta tendência.

Sucede que, em vez de essa conexão determinar a reunião dos recursos para processamento e julgamento simultâneos (como ocorre com a conexão para fim de modificação de competência, art. 103, CPC), outros são os efeitos jurídicos desta nova modalidade de vínculo entre causas: a) escolha de alguns "recursos-modelo" e b) sobrestamento dos demais processos para o julgamento por amostragem.

De fato, não seria razoável que a conexão, no caso de demandas repetitivas, tivesse por efeito a reunião dos processos em um mesmo juízo, o que certamente causaria grande confusão e problemas para a solução dos litígios em tempo adequado. Mostra-se aqui, mais uma vez, a força do princípio da adequação (cf. o capítulo sobre princípios), que impõe um processo diferenciado para o julgamento das causas de massa.

É bom lembrar que conexão é um conceito jurídico-positivo. No direito processual civil brasileiro, é bem aceita a idéia de que há "várias" espécies de conexão: modificação de competência (art. 103, CPC), pressuposto da reconvenção (art. 315, CPC), formação do litisconsórcio (art. 46, II e III, CPC), conexão por acessoriedade (art. 108, CPC), conexão para processamento de demandas incidentais (art. 109, CPC), conexão por sucessividade

(art. 475-P, II, CPC) etc. Cada uma dessas modalidades de conexão tem os seus próprios pressupostos e os seus efeitos jurídicos típicos.

O legislador, com a introdução desses dois novos artigos ao CPC, trouxe uma nova hipótese de conexão, com pressupostos e efeitos próprios.

É preciso perceber isso.

12.5. Prevenção

A prevenção é critério para exclusão dos demais juízos competentes de um mesmo foro ou tribunal. A prevenção não é fator de determinação de competência. Por força da prevenção permanece apenas a competência de um entre vários juizes competentes, excluindo-se os demais. A prevenção funciona como mecanismo de integração em casos de conexão: é o instrumento para que se saiba em qual juízo serão reunidas as causas conexas.

O CPC traz duas regras de prevenção, que não se excluem, pois cada qual cuida de uma situação específica: a) se a conexão se der em juízos de comarcas diversas, prevento será aquele em que tenha havido a primeira citação válida (art. 219); b) se a conexão se der em juízos da mesma comarca, prevento será o juízo que despachou em primeiro lugar (art. 106, CPC).

> Na ação civil pública, porém, o critério de determinação da prevenção foi alterado. O par. ún. do art. 2º da Lei Federal n. 7.347/85, acrescentado pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, diz que a propositura da demanda prevenirá a jurisdição do juízo para todas as demandas posteriormente ajuizadas que possuam o mesmo pedido ou a mesma causa de pedir. Nem a citação (art. 219 do CPC) nem o despacho inicial (art. 106 do CPC) são os critérios que determinam a prevenção em ação civil pública; agora, é a propositura da demanda (art. 263 do CPC) o critério para determinar-se a prevenção da competência.[90] Segue-se, assim, a regra da prevenção em ação popular (art. 5º, §3º, Lei n. 4.717/65). No entanto, como bem aponta Cassio Scarpinella Bueno, a despeito da literalidade do texto, a doutrina e a jurisprudência têm aplicado o mesmo regramento do CPC (arts. 106 e 219), sem atentar para a sutil diferença (cita, como precedente, STJ, Conflito de Competência 19.686/DF, rel. Min. Demócrito Reinaldo).[91]

12.6. Outras regras de modificação da competência

Há, ainda, outras regras de modificação de competência.

a) Imóvel situado em mais de um Estado ou comarca (art. 107, CPC): determina-se o foro pela prevenção, com a regra do art. 219, CPC, estendendo-se a competência

90. BUENO, Cassio Scarpinella. *O poder público em juízo.* São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 138; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente.* São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 127.
91. BUENO, Cassio Scarpinella. *O poder público em juízo.* São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 139.

sobre a totalidade do imóvel. Trata-se de um caso de extraterritorialidade, pois o juízo terá a sua jurisdição estendida além dos limites do seu foro, para abranger a parcela do imóvel que está em outra comarca.

b) Ações acessórias (art. 108 do CPC): ação acessória é a demanda secundária destinada a complementar ação mais importante do ponto de vista do autor, denominado de principal. Competente será o juízo da ação principal. Se antecedente, o autor deverá ajuizar ação no juízo competente para julgar a principal. Se incidental ou posterior, perante o juízo que conheceu a principal. Alguns denominam esse fenômeno de conexão por acessoriedade.

c) Ações incidentais (art. 109 do CPC): a competência para julgar as demandas incidentais (reconvenção, oposição, embargos de terceiro, incidente de falsidade, ação declaratória incidental, denunciação da lide etc.) será do juízo em que tramita a demanda principal.

13. CONFLITO DE COMPETÊNCIA

13.1. Conceito

É o fato de dois ou mais juízes se darem por competentes (conflito positivo, art. 115, I) ou incompetentes (conflito negativo, art. 115, II) para o julgamento da mesma causa ou de mais de uma causa (em caso de reunião por conexão, art. 115, III). Deve ser dirimido para que apenas um seja declarado competente e possa julgar a(s) causa(s). É possível que surja, também, na aplicação do princípio da identidade física do magistrado (art. 132 do CPC).

É muito difícil imaginar um conflito positivo de competência que envolva apenas uma causa. Normalmente, o conflito positivo diz respeito a reunião de causas conexas, em que discute qual é o juízo prevento. Barbosa Moreira explica, porém, um caso de conflito positivo que envolve apenas uma causa. Trata-se de situação relacionada à litispendência: é preciso saber em que juízo a causa deve tramitar. Eis a lição do mestre:

> "De conflito só se poderá cogitar, eventualmente, se a recusa de extinguir o processo se fundar em motivo relacionado com a competência. Imaginemos, *v. g.*, que, pendentes os dois feitos perante os juízes A e B, a parte suscite a B a preliminar de litispendência, alegando a anterioridade da citação ordenada por A. Rejeita B a preliminar, negando que as citações se tenham feito na ordem apontada pela parte, de modo que o processo de A é que deve extinguir-se, pois a competência de B ficara preventa (art. 219, *caput*); ou então afirmando que, a despeito da anterioridade, a citação determinada por A não gerou litispendência, porque A era, mesmo em tese, incompetente para a causa.
>
> Em qualquer dessas hipóteses, se A, provocado por sua vez, concordar com o pronunciamento de B e puser termo ao feito a que preside, resolvido estará o problema, sem conflito. Este se caracterizará, porém, e será caso de suscitá-lo, por obra de qualquer dos legitimados (art. 116, *caput),* se A retrucar que, dos dois processos, o que deve prosseguir é o instaurado no seu juízo, competente e prevento mercê da citação anterior à ordenada por B. Aí, sim: os dois juízes estarão disputando entre si a competência; e, para decidir qual deles há de prevalecer, o

conflito positivo será o meio adequado. A decisão que nele se profira acarretará, excepcionalmente, a extinção de um dos feitos sem julgamento do mérito, pois esse é, ainda em semelhante eventualidade, o corolário da litispendência".[92]

Conforme o enunciado n. 59 da súmula do STJ, não se pode cogitar de conflito se já tiver havido julgamento de uma das causas. Também não há conflito se entre os juízos houver diferença hierárquica, prevalecendo o posicionamento do juízo hierarquicamente superior, por exemplo: não há conflito entre STF e qualquer outro juízo, entre STJ e TRF/TJ, entre TJ e Tribunal de Alçada[93] (enunciado n. 22 da súmula da jurisprudência dominante do STJ), entre TJ/TRF e juiz estadual/federal a ele vinculado etc.[94] É possível, porém, que surja conflito entre um tribunal e um juiz a ele não vinculado.

13.2. Legitimidade e participação do Ministério Público

Podem suscitar o conflito o magistrado, o membro do Ministério Público ou qualquer das partes. Se o Ministério Público não o tiver suscitado, deverá ser ouvido, obrigatoriamente, no conflito de competência.

A parte que ofereceu exceção de incompetência não pode suscitar o conflito, pois já teve a oportunidade de manifestar-se sobre a competência e optou por argüir a exceção (art. 117 do CPC). O objetivo da lei, segundo Athos Carneiro,[95] foi impedir que a parte utilizasse, *simultaneamente,* ambos os meios de controle da competência. Entende o autor que é possível o uso *sucessivo* desses mecanismos de controle da competência. É possível, por exemplo, que, após a exceção de incompetência, surja o conflito: o juízo que recebeu a causa em razão da declinação pode negar a sua competência, não a aceitando.

13.3. Competência

A competência para julgar o conflito de competência será sempre de um tribunal.

O STF tem competência sempre que, no conflito, estiver envolvido um tribunal superior. É o que determina o art. 102, I, "o", da CF/88: "os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal".

92. "Conflito positivo e litispendência". *Temas de direito processual – segunda série.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 48.
93. Atente-se para a extinção dos Tribunais de Alçada promovida pelo art. 4º da Emenda Constitucional nº 45 de 8 Dezembro de 2004.
94. Assim, por exemplo, STF, Pleno, CC n. 7.161/RJ, rel. Min. Marco Aurelio, publicado no DJ de 26.11.2004: "CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL VERSUS SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. As decisões do Superior Tribunal de Justiça obrigam os regionais federais, na definição da competência. Impossível é o conflito de competência negativo consideradas cortes que estão em patamares diversos". No mesmo sentido, FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 111.
95. *Jurisdição e Competência.* 11 ed. São Paulo, Saraiva, 2001. p. 203.

Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais devem processar e julgar os conflitos de competência que envolvem juízes a eles vinculados. Se o conflito envolver juízes vinculados a tribunais diversos, a competência será do STJ.

As demais hipóteses de conflito são da competência do STJ, de acordo com o art. 105, I, "d", da CF/88: os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos. Note-se que se a discussão envolver tribunal e juiz a ele vinculado, não se pode falar propriamente de conflito, pois deve prevalecer a orientação determinada pelo mesmo tribunal.

A EC n. 45 deixou claro que, se o conflito de competência se der entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvada a competência do STF, será dos órgãos da Justiça do Trabalho a competência para apreciá-lo e julgá-lo (art. 114, V, CF/88). Aliás, editara o STJ o enunciado n. 180 da súmula da sua jurisprudência predominante: "Na lide trabalhista, compete ao Tribunal Regional do Trabalho dirimir conflito de competência verificado, na respectiva região, entre Juiz Estadual e Junta de Conciliação e Julgamento". Lembre-se que as juntas de conciliação foram extintas, e que agora existem as chamadas varas do trabalho.

> Há divergência no STJ sobre a competência para julgar o conflito de competência entre turma recursal e tribunal de justiça. a) Entendendo que o STJ é competente para dirimir conflito de competência suscitado entre juízo de Turma Recursal e o Tribunal local (de Justiça ou de Alçada), em razão de não haver vinculação jurisdicional entre esses, a despeito da inegável hierarquia administrativo-funcional: CC n. 38.513-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 13.8.2003; b) Entendendo que o STJ é não competente, ao entendimento de que é da competência do STF julgar os *habeas corpus* impetrados contra decisão de Turma Recursal dos Juizados Especiais (Súm. n. 690-STF, atualmente cancelada) e conforme o teor de Súm. n. 203-STJ: CC 38.654-MG, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 10.3.2004. Sobre a questão do conflito entre juiz de direito e juiz de Juizado Especial, assim se posicionou o STJ: "COMPETÊNCIA. CONFLITO. JUIZADO ESPECIAL. JUIZ DE DIREITO. O STJ não tem competência para processar e julgar conflito negativo de competência instaurado entre juiz de Direito e Juizado Especial Criminal, pois ambos estão vinculados ao Tribunal de Justiça local. Note-se que há precedentes no sentido de que o STJ possui competência para dirimi-lo quando suscitado entre Turma Recursal e o Tribunal local, porém disso não se trata na espécie. Precedentes citados do STF: CC 7.096-GO, DJ 30/6/2000; do STJ: CC 30.137-AM, DJ 18/2/2002, e Rcl 1.500-SC, DJ 5/4/2004. CC n. 36.358-RN, Rel. Min. Paulo Medina, j. em 26/5/2004".
>
> A jurisprudência do STJ, porém, se vem consolidando para entender que é sua (do STJ) a competência para processar e julgar conflito entre juízo federal comum e juízo do Juizado Especial Federal: ver, com vários precedentes citados, CC n. 75.022-MG, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 12.12.2007; CC 56.913-BA, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 12.12.2007.

13.4. Procedimento

A petição do incidente deverá ser dirigida ao Tribunal competente para apreciar o conflito. Em sendo positivo o conflito, deverá o relator suspender o processo, a fim de se

evitarem atos inúteis. Por óbvio, quando o conflito for negativo, não se aplicará a norma, porque nenhum juiz estará praticando qualquer ato. O relator deverá sempre nomear um dos juízes para praticar atos urgentes (art. 120 do CPC).

Acrescentou-se, na reforma processual de 1998, o parágrafo único ao art. 120, CPC, permitindo que, havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator decida de plano, monocraticamente, o conflito de competência, cabendo agravo no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente.

14. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

14.1. Características

A competência da Justiça Federal é constitucional e taxativa.

Prevista na Constituição da República, é taxativa, não comportando ampliação por norma infraconstitucional. Assim, o acréscimo, alteração ou subtração de regras de competência, determinadas por norma hierarquicamente inferior, serão inconstitucionais ou inócuos.

A competência cível da Justiça Federal é fixada, segundo Aluísio Mendes, em razão da pessoa, da matéria e da função.[96] Será, portanto, sempre, absoluta, inderrogável pela vontade das partes, ressalvadas as regras de competência territorial.

14.2. Competência dos juízes federais em razão da pessoa

14.2.1. Causas do art. 109, I, CF/88

a) As causas

O artigo menciona causas em geral, em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou opoentes, exceto as de falência, as de acidentes do trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. Exige-se que um destes entes atue no processo na qualidade de parte (assistentes e opoentes também são partes). Cuida das causas cíveis, inclusive mandado de segurança impetrado por um destes entes em face de ato de autoridade estadual ou municipal,[97] excetuadas as hipóteses em que a autoridade tiver foro estabelecido como prerrogativa de sua função.

Cumpre lembrar o enunciado n. 270 da súmula do STJ: "O protesto pela preferência de crédito, apresentado por ente federal em execução que tramita na Justiça Estadual, não desloca a competência para a Justiça Federal".[98]

96. Nelson Nery Jr. generaliza e classifica a competência da Justiça Federal como funcional.
97. BOCHENEK, Antônio César. *Competência cível da justiça federal e dos juizados especiais cíveis.* São Paulo: RT, 2004, p. 122.
98. Julgado recente do STJ confirma o enunciado: "CONCURSO. PREFERÊNCIAS. INTERVENÇÃO. ENTES FEDERAIS. Em execução de título extrajudicial, a Caixa Econômica Federal – CEF veio aos autos para informar que o imóvel arrematado foi penhorado anteriormente em ação de execução por ela movida contra os mesmos devedores e pleitear direito de preferência para satisfação de seu crédito. A Seção conheceu do conflito e declarou competente o Tribunal de Alçada do Estado por entender que não é caso de deslocamento de competência para a Justiça Federal, porquanto, no concurso de preferência de crédito, não há intervenção da empresa pública como autora, ré, assistente ou opoente (art. 109, I, CF/1988). Precedentes citados: CC 21.551-MG, DJ 8/3/1999; CC 1.576-RS, DJ 27/5/1991; CC 1.246-PR, DJ 8/4/1991, e CC 22.753-SP, DJ 27/9/1999, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 23/11/2005."

Para os casos de jurisdição voluntária, salvo nos casos de opção de nacionalidade e naturalização, é necessária a participação de algumas dessas pessoas como *interessadas ou requeridas* para justificar a competência da Justiça Federal.

Somente o juiz federal poderá avaliar a existência de interesse jurídico de um destes entes. Confira-se o teor dos enunciados da súmula do STJ:

> 32. "Compete à Justiça Federal processar justificações judiciais destinadas a instruir pedidos perante entidades que nela têm exclusividade de foro, ressalvada a aplicação do art. 15, II, da Lei n.º 5.010/66".
>
> 82. "Compete à Justiça Federal, excluídas as reclamações trabalhistas, processar e julgar os feitos relativos à movimentação do FGTS".
>
> 150. "Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas."
>
> 161. "É da competência da Justiça Estadual autorizar o levantamento dos valores relativos ao PIS/PASEP e FGTS, em decorrência do falecimento do titular da conta".
>
> 224. "Excluído do feito o ente federal, cuja presença levara o Juiz Estadual a declinar da competência, deve o Juiz Federal restituir os autos e não suscitar conflito".
>
> 254. "A decisão do Juízo Federal que exclui da relação processual ente federal não pode ser reexaminada no Juízo Estadual".

b) As pessoas

União. Uma observação do juiz Novély Vilanova, corroborada por Aluisio Mendes,[99] é pertinente: a grafia "União Federal" não tem amparo constitucional, *União* é o nome correto. Outro equívoco manifesto é o de colocar-se em processos os nomes dos órgãos (ministérios, departamentos etc.), ao invés do nome da pessoa jurídica – União – a quem estão vinculados.

Entidade autárquica federal. Pessoa jurídica de direito público, criada por lei, para o desempenho de serviço público descentralizado. Para deslocar a competência para a Justiça Federal, há que ser entidade autárquica federal. Trata-se de termo genérico, que engloba não só as autarquias, mas também as agências reguladoras e as fundações autárquicas.[100]

99. *Competência Cível da Justiça Federal.* s/e. São Paulo: Saraiva, 1998. p.54.
100. Interessante a remissão ao n. 324 da Súmula do STJ, que equipara a Fundação Habitacional do Exército a Autarquia Federal: "Compete à Justiça Federal processar e julgar ações de que participa a Fundação Habitacional do Exército, equiparada à entidade autárquica federal, supervisionada pelo Ministério do Exército".

Cabe lembrar que se a agência reguladora estiver no processo na qualidade de *amicus curiae*, que não é parte, a competência não será, por isso, da Justiça Federal.

Empresas públicas federais. São pessoas jurídicas de direito privado criadas por decreto, com capital exclusivamente público, para realizar atividades de interesse da Administração instituidora nos moldes da iniciativa particular. Caixa Econômica Federal e ECT (Empresa de Correios e Telégrafos) são bons exemplos.

Conselhos de fiscalização profissional. Considera-se como entidade autárquica federal, ainda que sob regime *sui generis*, o conselho de fiscalização profissional (OAB, Conselhos Regionais de Medicina, Engenharia, Contabilidade etc.).

> "Os conselhos de fiscalização profissional prestam serviço público descentralizado específico e típico da administração pública federal, portanto equiparam-se às autarquias federais e se sujeitam a um regime todo peculiar, ostentando específicas características, prerrogativas e sujeições".[101]

A Lei Federal n. 9.649/98, no art. 58, §8°, dizia competir à Justiça Federal a apreciação das controvérsias que envolvessem os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, quando no exercício dos serviços a eles delegados. O STF, porém, julgou procedente o pedido formulado na ação para decretar a inconstitucionalidade do *caput* do artigo 58 e §§ 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 7° e 8° dessa (ADIN 1.717, julgada em 07.11.2002, que reputou inconstitucional o art. 58 da mencionada lei). Assim, toda causa que envolver conselho de fiscalização profissional deve tramitar na Justiça Federal.[102]

O STJ, aliás, editara o enunciado 66 da súmula da sua jurisprudência predominante: "Compete à Justiça Federal processar e julgar execução fiscal promovida por Conselho de fiscalização profissional".

Sociedade de economia mista. A Justiça Federal é incompetente para processar e julgar as ações em que as sociedades de economia mista sejam parte ou terceiro interveniente. Vejamos o enunciado n. 42 da súmula do STJ: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento". Eis, também, o enunciado n. 556 da súmula do STF: "É competente a Justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista".

101. BOCHENEK, Antônio César. *Competência cível da justiça federal e dos juizados especiais cíveis*, cit., p. 105.
102. Ver, porém, esta decisão do STJ: "COMPETÊNCIA. MS. SUBSEÇÃO. OAB. A questão está em saber se a OAB é autoridade federal para vincular a competência da Justiça Federal no MS. Trata-se de ato praticado por subseção que divulgou nomes de advogados contra os quais havia instaurado processo disciplinar no âmbito restrito de sua área de influência, contrariando, por sua vez o art. 72, § 2°, do EOAB. Portanto, *in casu*, a Justiça Federal não é competente. REsp n. 235.723-SP, Rel. Min. Peçanha Martins, julgado em 19/2/2002". Em sentido diverso, para quem todas as causas que envolvem a OAB, seus órgãos, Conselho Federal, Conselho Secional, Subseção e, até mesmo, a Caixa de Assistência dos Advogados (há, porém, decisão em sentido diverso, STJ, 1ª S., CC 33.050/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j. 24.04.2002, DJ 27.05.2002), BOCHENEK, Antônio César. *Competência cível da justiça federal e dos juizados especiais cíveis*, cit., p. 109.

Ministério Público Federal. Esse merece exame mais cuidadoso.

Saber se os diversos Ministérios Públicos podem demandar perante qualquer Justiça é bastante complicado. Não há lei que cuide especialmente dessa situação, tampouco a Constituição Federal tratou de resolver o problema. Surgem, basicamente, duas correntes doutrinárias. Pela primeira delas, vinculam-se os ramos do Ministério Público às respectivas justiças, partindo-se da competência judicial para a identificação da atribuição do órgão do *parquet*. Se se tratar de competência da Justiça Federal, será proposta pelo MPF; se da Justiça Estadual, pelo MPE; se da Justiça do Trabalho, pelo Ministério Público do Trabalho etc.[103]

A segunda corrente segue sentido totalmente diverso. O Ministério Público, qualquer que seja ele, poderá exercer as suas funções em qualquer Justiça. O que importa, realmente, é saber se é da sua atribuição a causa que venha a patrocinar. Se for, poderá fazê-lo perante qualquer órgão do Poder Judiciário.

Parece-nos que a segunda corrente é a que mais bem resolve uma série de problemas que surgem da existência de diversos Ministérios Públicos. Eis alguns fundamentos para isso: a) a delimitação das funções de cada Ministério não está constitucionalmente vinculada à competência dos órgãos judiciais, sendo objeto das leis complementares. A LC 75/93 (art. 37, II) é explícita ao anunciar o exercício das funções ministeriais federais nas causas de quaisquer juízes ou tribunais; b) não se pode equiparar o MPF à União ou a um de seus entes, de modo que a sua simples presença na relação jurídica processual determinasse a competência em razão da pessoa da Justiça Federal, quer porque a sua atuação é desvinculada da dos entes políticos, quer porque o rol do art. 109 da CF/88 é exaustivo e nele não há referência ao Ministério Público Federal; c) a possibilidade de litisconsórcio facultativo entre Ministérios Públicos para a propositura de ação civil pública (art. 5°, §5°, Lei Federal n. 7.347/85) revela nitidamente a possibilidade de o Ministério Público poder demandar em Justiça que não lhe seria correspondente. Esse litisconsórcio é facultativo e unitário; como tal, exige que cada um dos litisconsortes, sozinho, tenha legitimidade para demandar o mesmo pedido, fato que por si já demonstra o acerto da tese ora defendida; d) se assim não fosse, o Ministério Público Estadual ficaria na dependência da atuação do MPF, que, se não agisse, impediria aquele de exercer as suas atribuições, demandando, por exemplo, uma ação civil pública por dano ambiental contra um ente público federal. Trata-se de um absurdo que, por si, já justificaria essa corrente defendida;[104] e) "O titular do direito de ação é o Ministério Público como instituição e não por seus

103. Trata-se de tese ardorosamente defendida por João Batista de Almeida. *Aspectos controvertidos da ação civil pública.* São Paulo: RT, 2001, p. 98-103. O autor é, ao menos, coerente: considera inócuo, improficuo, espúrio, impossível juridicamente o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos (ob. cit., p. 103-106).
104. Muito bem lembrou Nelson Nery Jr. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 798. No mesmo sentido, recentemente, PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil.* São Paulo: RT, 2003, p. 237-238.

órgãos fragmentados";[105] f) Como ficaria, assim, a representação do Ministério Público Estadual nos tribunais superiores? Somente o Ministério Público Federal poderia neles atuar? Quem faria a sustentação oral de um recurso especial interposto por um procurador de justiça? O Subprocurador-geral da República?

Na prática, há um "acordo de cavalheiros" entre os órgãos dos diversos Ministérios Públicos, cada qual "cuidando das causas de sua Justiça". A partir dessa constatação, chegar à conclusão de que há relação de competência entre as suas atribuições e os diversos ramos do Poder Judiciário seria um salto hermenêutico que não ousamos dar.

> Em sentido diverso, sem enfrentar os diversos argumentos aqui sustentados, STJ, 1ª. T, Resp n. 440.002-SE, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 18.11.2004, publicado no DJ em 06.12.2004 (texto entre colchetes não consta do original): "Com efeito, para fixar a competência da Justiça Federal, basta que a ação civil pública seja proposta pelo Ministério Público Federal. Nesse caso, bem ou mal, figurará como autor um órgão da União, o que é suficiente para atrair a incidência do art. 109, I, da Constituição. Embora sem personalidade jurídica própria, o Ministério Público Federal está investido de personalidade processual, e a sua condição de *personalidade processual federal* determina a competência da Justiça Federal. É exatamente isso o que ocorre também em mandado de segurança, em *habeas-data* e em todos os demais casos em que se reconhece legitimidade processual a entes não personalizados: a competência será fixada levando em consideração a natureza (federal ou não) do órgão ou da autoridade com personalidade apenas processual, e essa natureza é a mesma da ostentada pela pessoa jurídica de que faz parte. (...) Caberá a ele [MPF] promover, além das ações civis públicas que envolvam matéria de competência da Justiça Especializada da União (Justiça do Trabalho e Eleitoral), todas as que devam ser legitimamente promovidas perante os órgãos Judiciários da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais). Será da alçada do Ministério Público Federal promover ações civis públicas que sejam da competência federal em razão da matéria – as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF, art. 109, III) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, XI) – ou em razão da pessoa – as que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou as que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no pólo ativo (CF, art. 109, I)".

c) As exceções

Falência. É um processo de execução coletiva que se caracteriza pela universalidade: os credores concorrem em igualdade, respeitada a natureza do seu crédito. Embora a menção à falência possa ser interpretada restritivamente, para abranger apenas a insolvência comercial, entende-se que a ressalva constitucional também se aplica à insolvência civil e à recuperação judicial. Assim, por exemplo, o enunciado n. 244 da súmula do antigo TFR: "A intervenção da União, suas autarquias e empresas públicas em concurso de credores ou de preferência não desloca a competência para a Justiça Federal". Ver, ainda, o art. 99, parágrafo único, I, CPC.

105. NERY JR. e NERY, *Código de Processo Civil Comentado,* 2001, p. 1.535.

Acidentes de trabalho. Ocorrido o acidente de trabalho, duas são as pretensões que surgem para o trabalhador: uma decorrente da seguridade social (ação acidentária típica), contra a entidade gestora (INSS), de competência da justiça estadual, e outra de natureza reparatória, contra o empregador. Esta segunda não possui natureza acidentária e seguirá as regras normais de fixação da competência. A EC n. 45 alterou a competência da Justiça do Trabalho, estabelecendo que a ela cabe processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrente de relação de trabalho (art. 114, VI, CF/88). Após a reforma do texto constitucional, as causas envolvendo pretensões indenizatórias em face do empregador, mesmo sendo este empresa pública federal, deverão tramitar na Justiça do Trabalho, conforme entendimento do STF, na oportunidade em que julgou o conflito de competência nº 7204.[106]

> É possível requerer a concessão de benefício previdenciário decorrente de acidente de outra natureza (não-trabalhista). O benefício acidentário pode decorrer: a) acidente de trabalho; b) acidente de outra natureza (art. 26, II, Lei Federal n. 8.213/1991). Em qualquer dos casos, a demanda é dirigida ao INSS. A exceção constitucional à competência da Justiça Federal restringe-se às ações acidentárias trabalhistas, que devem ser propostas na *Justiça Estadual*. A ação previdenciária acidentária não-trabalhista deve ser proposta perante a *Justiça Federal*. A propósito, v. STJ, 3ª S., CC n. 38.849-SP, rel. Min. Paulo Medina, j. em 26.11.2003, publicado no DJ de 18.10.2004: "1. Pretendendo o autor da ação a obtenção de auxílio previdenciário decorrente de acidente de qualquer natureza, ou seja, de índole previdenciária, e não de ação acidentária que tenha como causa acidente ocorrido no exercício da atividade laboratícia, a competência para o deslinde da questão é da Justiça Federal".

Após divergência jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça alterou o seu entendimento e reconheceu que a competência da Justiça Estadual para processar e julgar ações previdenciárias acidentárias trabalhistas abrange não apenas o pedido de concessão, mas, também, o pedido de revisão do benefício já concedido. Assim, por exemplo, 3ª S., CC n. 66844/RJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 25.10.2006, publicado no DJ de 13.11.2006, p. 224; 3ª S., EREsp n. 256261/MG, rel. Min. Helio Quaglia Barbosa, j. 09.03.2005, publicado no DJ de 28.03.2005, p. 184.

AÇÕES ACIDENTÁRIAS	
Previdenciárias: contra o INSS	**Indenizatórias: contra o causador do acidente**
Trabalhistas: Justiça Estadual	Trabalhistas: contra o empregador, na Justiça do Trabalho
Não-trabalhistas: Justiça Federal	Não-trabalhistas: contra o causador do acidente, na Justiça comum

106. Nesse sentido, ver também CC 51.712-SP Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 10.08.05, no qual o STJ acata entendimento firmado pelo STF poucos dias antes.

Justiça eleitoral. Causas eleitorais competem à Justiça Eleitoral, mesmo que envolvam entes federais.

Justiça do Trabalho. Causas relacionadas às relações de emprego envolvendo servidores públicos devem ser resolvidas pela Justiça do Trabalho.

A interpretação que se fazia sobre a nova redação do inciso I do art. 114 da CF/88, sem a ressalva feita no Senado, tornava a Justiça do Trabalho competente para julgar as relações jurídicas estatutárias e celetistas, envolvendo servidor e entes públicos, e não apenas as celetistas, como constava da redação anterior, que se referia apenas às relações de emprego, espécie do gênero relação de trabalho.

Até o mês de abril de 2006, havia uma grande polêmica em torno no assunto. No processo legislativo para a aprovação da Emenda Constitucional n. 45/2004, o Senado Federal acrescentou ao texto da Câmara um trecho no inciso I do art. 114 da CF/88 que expressamente excluía da Justiça do Trabalho as causas envolvendo relações de trabalho estatutárias. Sucede que da publicação da Emenda, no dia 31.12.2004, não constou essa ressalva. Em virtude disso, na ocasião, a Associação Nacional dos Juízes Federais – AJUFE entrou com uma ADIN (3395-6) contra essa emenda, obtendo liminar no dia 28.01.2005, que foi confirmada, em 05.04.2006, pelo plenário do STF. A decisão reconheceu, então, que cabe à Justiça comum (federal ou estadual) a competência para processar e julgar as causas que envolvam relações estatutárias.

Convém lembrar, ainda, que, por força da EC n. 45, compete à Justiça do Trabalho processar as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho (Delegacias do Trabalho) e a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no artigo 195, I, "a", e II, CF/88, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir (incisos VII e VIII do art. 114 da CF/88).

14.2.2. Causas do art. 109, II, CF/88

As causas envolvendo pessoa residente no Brasil ou Município brasileiro contra Estado estrangeiro ou organismo internacional (BIRD, ONU, OMS, OIT, OMC, OEA etc.) devem tramitar na Justiça Federal, ressalvada a competência da Justiça do trabalho. É importante lembrar o que foi visto sobre as regras de competência internacional relacionadas à imunidade de jurisdição, tendo em vista que essa regra cuida de causas que podem envolver estados estrangeiros. "A Embaixada e o Consulado são considerados prolongamentos de país estrangeiro, ou seja, parte integrante do Estado e as causas envolvendo estes são da competência da Justiça Federal".[107] Ressalva-se a competência da Justiça do Trabalho (art. 114, I, CF/88).

> Convém lembrar que compete ao STF processar e julgar, originariamente, o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território (art. 102, I, "e", CF/88).

107. BOCHENEK, Antônio César. *Competência cível da justiça federal e dos juizados especiais cíveis*, cit., p. 124.

Trata-se de regra de competência muito importante para o estudo do recurso ordinário constitucional, pois contra as decisões proferidas pelo juiz federal em tais processos caberá recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, não para o Tribunal Regional Federal respectivo.

Perceba-se, ainda, que se trata de competência da Justiça Federal em razão da pessoa, a despeito de não envolver um ente federal.

14.2.3. Causas do art. 109, VIII, CF/88

Compete aos juízes federais processar e julgar os mandados de segurança e *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos Tribunais Federais.

> Para lembrar, são da competência do: a) STF, os mandados de segurança e os *"habeas-data"* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "d", CF/88); b) STJ, os mandados de segurança e os *"habeas data"* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal (art. 105, I, "b", CF/88).

Considera-se autoridade em sentido amplo, compreendendo a autoridade pública *stricto sensu* e o agente da pessoa jurídica de direito privado no exercício de atribuições do poder Público. Eis o art. 1º, §1º, da Lei Federal n. 1.533/51: "Consideram-se autoridades, para os efeitos desta lei, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções".

Esse, aliás, foi o entendimento da 1ª Seção do STJ, na oportunidade em que julgou o conflito de competência CC 45792 SP, ocasião em que conferiu à 10ª Vara Federal do Estado de São Paulo a competência para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra gestor da Eletropaulo Metropolitana por corte no fornecimento de energia. O Ministro Castro Meira, relator do caso, se pronunciou nos seguintes termos: "A competência para processar e julgar ação de segurança impetrada contra atos de dirigentes de pessoa jurídica de direito privado, de mera gestão administrativa, é da Justiça estadual. Contudo o ato de dirigente de instituição privada no exercício de autoridade federal delegada se sujeita ao crivo da Justiça Federal, desde que o mesmo não encerre simples gestão administrativa, mas típica delegação".[108]

A relevância desse dispositivo decorre da circunstância de existirem autoridades federais pertencentes aos quadros federais e outras que não pertencem, mas que exercem função delegada. Assim, se a autoridade, a despeito de não pertencer aos quadros federais, exercer função federal, o mandado de segurança impetrado contra ato seu deverá ser processado e julgado por um juiz federal.

108. STJ. CC 45792 SP. Rel. Min. Castro Meira. 1ª Seção. j. 23.11.2005.

Exercício de função delegada. Só será cabível mandado de segurança contra autoridade de pessoa jurídica de direito privado referente a ato praticado no exercício da função delegada. Se se tratar de ato de mera gestão, por inexistir ato de império, não caberá o mandado de segurança. A delegação pode ser feita a uma pessoa jurídica estadual, municipal ou até mesmo privada. Exemplos: dirigente de universidade particular;[109-110] dirigente de Junta Comercial,[111] concessionário de serviço público de fornecimento de energia elétrica[112] etc. Importantíssimo o enunciado n. 60 da súmula da jurisprudência do TFR (Tribunal Federal de Recursos): "Compete à Justiça Federal decidir da admissibilidade do mandado de segurança impetrado contra atos de dirigentes de pessoas jurídicas privadas, ao argumento de estarem agindo por delegação do poder público federal".

14.3. Competência funcional: art. 109, X, segunda parte

Compete ao juiz federal *executar* sentença estrangeira, após homologação do STJ (conforme a EC n. 45, que tirou a competência do STF e a transferiu ao STJ, art. 105, I, "i", CF/88), e *cumprir* carta rogatória, após o *exequatur* do STJ (a EC n. 45 também retirou esta competência do STF, transferindo-a para o STJ, art. 105, I, "i", CF/88).

Note-se que se trata de competência funcional, não material:[113] o juiz federal exercerá a jurisdição para cumprir tais funções, independentemente da matéria de que cuida a carta rogatória ou a sentença estrangeira.

109. Raquel Fernandez Perrini discorda deste posicionamento (*Competências da Justiça Federal Comum*, p. 227-231). "UNIVERSIDADE DO SISTEMA ESTADUAL DE ENSINO. AUTONOMIA. A orientação deste Tribunal é no sentido de reconhecer como de competência federal as questões envolvendo o ensino superior, ainda que relacionadas a universidades particulares. No caso, não se trata de estabelecimento particular. A universidade é pública e pertence à organização administrativa do Município, componente, portanto, do sistema de ensino do Estado, como preceitua o art. 17, II, da Lei n. 9.394/1996. As universidades estaduais e municipais gozam de total autonomia para organizar e gerir seus sistemas de ensino (CF/1988, art. 211), e seus dirigentes não agem por delegação da União. A apreciação de seus atos é da competência da Justiça estadual". CC 40.679-SC, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 11.2.2004.

110. Enunciado n. 15 da súmula do TFR: "Compete à Justiça Federal julgar mandado de segurança contra ato que diga respeito ao ensino superior, praticado por dirigente de estabelecimento particular."

111. "Mandado de segurança. Junta Comercial. Competência. Em se cuidando de ação de mandado de segurança, a competência se define em razão da função desempenhada pela autoridade apontada como coatora. As Juntas Comerciais efetuam o registro de comércio por delegação federal. Competência, a teor do artigo 109, VIII, da Constituição da República, da Justiça Federal." (Rel. Athos Carneiro, RSTJ, 45/25).

112. "COMPETÊNCIA. MS. ENERGIA ELÉTRICA. Trata-se de suspensão de fornecimento de energia elétrica, ato de dirigente de concessionária, que não é de simples gestão administrativa, mas de delegação, pois que ligado à continuidade de prestação de serviço público federal. Dessarte, esse ato, praticado por autoridade de instituição privada no exercício de função federal delegada, se sujeita ao crivo da Justiça Federal no julgamento de mandado de segurança. Precedentes citados: CC 1.976-RS, DJ 2/9/1991; REsp 32.367-PR, DJ 17/6/1996; CC 14.804-RJ, DJ 19/8/1996, e CC 37.912-RS, DJ 15/9/2003". CC 40.060-SP, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 24/3/2004.

113. Entendendo que se trata de competência em razão da matéria, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Breves observações sobre a execução de sentença estrangeira à luz das recentes reformas do CPC". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 138, p. 10-11.

14.4. Competência da Justiça Federal em razão da matéria

14.4.1. Causas do art. 109, III, CF/88

Compete à Justiça Federal processar e julgar as causas fundadas em contratos internacionais ou tratados firmados pela União. Trata-se de competência fixada em razão da causa de pedir e, pois, da matéria discutida. É irrelevante, para fim de determinação da competência, indagar quem são os sujeitos litigantes. O processo, portanto, pode envolver entes não-federais.

A jurisprudência mitiga bastante a interpretação deste inciso que, aplicado ao pé-da-letra, autoriza que um sem-número de causas seja ajuizado perante a Justiça Federal, tendo em vista que inúmeras matérias são reguladas em tratados internacionais. Explica o tema Raquel Fernandez Perrini:

> "Para dirimir eventual dúvida, ante a abrangente redação do art. 109, III, da CF, o E. Supremo Tribunal Federal e o E. Superior Tribunal de Justiça têm esposado o entendimento de que somente estarão afetas à competência federal as causas que tenham por objeto essencial obrigações derivadas de disposições contidas no próprio tratado como, *v. g.*, aquelas relativas ao nome comercial (Convenção de Paris) e ao ressarcimento de danos causados por vazamento ocorrido em navio de petróleo (Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por danos causados por Poluição de Óleo – Decreto n. 79.347/77)".[114]

Um outro bom exemplo de causa que tramita na Justiça Federal por força deste inciso é a ação de alimentos internacionais, envolvendo sujeitos que estejam em países diversos (alimentando no exterior e alimentante no Brasil, por exemplo). Trata-se de causa regulada exclusivamente por tratado internacional (v. Decreto Legislativo n. 10, de 13 de novembro de 1958, e Decreto n. 56.826, de 2 de setembro de 1965) e que tramita, em razão disso, perante a Justiça Federal (v. art. 26 da Lei de Alimentos, Lei Federal 5.478/68).

> A Convenção de Nova York (assinada pelo Brasil em 1956 – vide Decreto Legislativo 10/1958 e Decreto 56.826/65) define as regras para prestação de alimentos no estrangeiro. Pela Convenção, podem ocorrer duas hipóteses.
>
> **1ª situação:** ALIMENTANDO residente no exterior e ALIMENTANTE residente no Brasil: aplica-se a regra do art. 109, III da CF/88, ou seja, competência da Justiça Federal. Processa-se da seguinte maneira: o ALIMENTANDO entrega a documentação à Autoridade Remetente do outro país (cujo conteúdo varia de acordo com o país), que encaminha ao Ministério Público Federal – Instituição Interveniente – os documentos necessários para a propositura da ação de alimentos (traduzidos para o português). A ação será proposta na Seção ou Subseção Judiciária que abranger o município em que o ALIMENTANTE reside ou está domiciliado, pela Procuradoria da República daquele Estado ou Município – sede da Seção ou Subseção Judiciária Federal. O MPF sempre intervirá, agindo em nome do ALIMENTANDO, em todas as fases da ação (inclusive se execução de sentença estrangeira sobre alimentos).

114. *Competências da Justiça Federal Comum.* São Paulo: Saraiva, 2001, p. 191.

O MPF deve encaminhar informações sobre o andamento da ação à Autoridade. Remetente, para acompanhamento.

2ª situação: ALIMENTANDO residente no Brasil e ALIMENTANTE residente no exterior. Processa-se da seguinte maneira: MPF, agora como Autoridade Remetente, encaminha à Instituição-Interveniente do país em que reside ou está domiciliado o ALIMENTANTE (Instituição que varia conforme o país) os documentos necessários para a propositura da ação de alimentos (traduzidos para o idioma oficial daquele país). A ação será proposta no país em que o ALIMENTANTE reside ou está domiciliado, pela referida Instituição Interveniente daquele país, que acompanhará toda a ação, assim como o MPF faz no Brasil. A Instituição Interveniente encaminhará informações ao MPF, para acompanhamento. Nesse caso, quem atua como Autoridade Remetente é o Procurador-Geral da República (que pode delegar a atribuição a um Subprocurador). Hoje o MPF conta com o CCJI – Centro de Cooperação Jurídica Internacional, sob a Coordenação de um Subprocurador-Geral da República, para os casos da 2ª hipótese".[115]

Como se vê, não é de totalmente correto o enunciado n. 53 da súmula do antigo TFR: "Compete à Justiça Estadual processar e julgar questões pertinentes ao Direito de Família, ainda que estas objetivem reivindicação de benefícios previdenciários".

Não obstante a clareza do texto legal, o TFR, certamente atento a questões eminentemente práticas, editou o enunciado n. 21 de sua súmula: "Após a Emenda Constitucional n. 7, de 1977, a competência para o processo e julgamento das ações de indenização, por danos decorridos em mercadorias, no transporte aéreo, é da Justiça comum estadual, ainda quando se discuta a aplicação da Convenção de Varsóvia relativamente ao limite da responsabilidade do transportador".

14.4.2. Causas do art. 109, V-A: grave violação a direitos humanos

Embora se trate do inciso V-A, que se relaciona, por suposto, ao inciso V, que cuida de competência criminal, não houve distinção no enunciado constitucional entre a natureza da causa, se cível ou criminal. De um modo geral, nas discussões em torno das mudanças operadas pela reforma constitucional, destacava-se o tema da "federalização dos crimes contra os direitos humanos". Não parece, contudo, que o enunciado constitucional se refira apenas à competência criminal. O texto do § 5º do art. 109 da CF/88 fala de "grave violação de direitos humanos". A violação é adjetivada como grave, mas não há qualquer restrição em relação à natureza do ilícito: se cível, administrativo ou criminal.

Por isso, essa regra de competência trata, também, de nova hipótese de competência cível da Justiça Federal, que deverá ocorrer principalmente em causas coletivas, seja na fase processual, seja ainda durante o inquérito civil. Pense-se, por exemplo, em ação civil pública que tenha por objetivo a efetivação de direitos dos presos, relacionados à sua dignidade humana e garantidos em tratados internacionais.

115. Sistematização feita por Flávia Tôrres, que trabalha no Ministério Público Federal, em Minas Gerais, a quem agradeço penhoradamente pela inestimável ajuda.

No entanto, não é qualquer causa relacionada a direitos humanos que deverá tramitar na Justiça Federal. Para que isso aconteça, deve-se obedecer ao disposto no § 5º do art. 109: "Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou do processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal".

Algumas observações devem ser feitas sobre a redação do § 5º do art. 109.

Em primeiro lugar, cria-se regra de competência baseada em conceito jurídico indeterminado: "grave violação de direitos humanos". Embora não seja comum essa opção, pois gera certa insegurança, é compreensível: o objetivo não-declarado é o de retirar da competência da justiça estadual causas que, em razão da sua magnitude, pudessem vir a sofrer com as influências políticas locais. É medida que se assemelha ao desaforamento, no procedimento para a apuração de crime doloso contra a vida, perante o tribunal do júri.

LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, que reputa inconstitucional a regra do art. 109, V-A, da CF/88, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, por violar o direito fundamental ao juiz natural, entende que "normas de competência não podem estar fundadas em conceitos jurídicos indeterminados, devendo sua previsão constar de termos precisos e rigorosos, constantes de leis formais, sob pena de gerar manipulações ou modificações de competência, por critérios que não sejam estritamente formais, gerando incertezas e atentando não apenas contra a segurança jurídica, mas igualmente, e sobretudo, contra a própria garantia do juiz natural".[116]

Nesse particular, o legislador, embora tenha mostrado certa preocupação com as violações a direitos humanos, pareceu dispensar uma maior confiança à Justiça Federal, como se esta operasse melhor e com mais isenção do que a Justiça Estadual, o que, sabemos, nem sempre é verdade. Tanto é assim que, até o presente momento, o STJ se tem manifestado no sentido de que é imperativa a demonstração de incapacidade de as autoridades do Estado-membro desincumbirem-se a contento de suas funções, para que o mecanismo presente no §5º do art. 109 da Constituição Federal seja ativado.

Em segundo lugar, não é novidade a instauração de um incidente para o deslocamento da competência. O § 1º do art. 555 do CPC, inovação da Lei Federal n. 10.352/2001, traz incidente semelhante, também baseado em conceito jurídico indeterminado: "Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso".

116. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Jurisdição e competência*. São Paulo: RT, 2008, p. 94.

Em terceiro lugar, não há qualquer violação à garantia do juiz natural, na medida em que é regra geral de competência. Como se sabe, o direito fundamental ao juiz natural impede o chamado poder de comissão: a designação de juízos extraordinários para o julgamento de determinadas causas. Não é o caso: não se trata de regra que autoriza a designação de juízo de exceção. Cria-se um incidente de deslocamento de competência, identificando-se, previamente, de acordo com critérios gerais e abstratos: a) quais os critérios para a definição da competência da Justiça Federal; b) quem tem legitimidade para suscitar o incidente; c) quem tem competência para apreciá-lo.

Em quarto lugar, é importante observar que, sendo da competência do STJ o julgamento desse incidente de deslocamento da competência, caberá, contra a sua decisão, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal: a) a matéria é constitucional; b) não há qualquer vedação constitucional neste sentido. Sucede que será um recurso extraordinário para a discussão de tipo constitucional composto de conceito jurídico indeterminado, o que se admite, embora seja tema controvertido na doutrina.

Em quinto lugar, cumpre lembrar que essa nova regra de competência somente diz respeito às causas que podem tramitar perante juízes federais, juízos monocráticos de primeira instância. Não houve qualquer alteração das regras de competência que estabelecem "foros privilegiados" para certas autoridades, que devem ser processadas perante tribunais.

Em sexto lugar, uma última advertência: acolhido o pedido de deslocamento da competência, os atos até então praticados são válidos, pois a autoridade era a competente. O julgamento do STJ é fato superveniente que altera a competência absoluta *ex nunc*.

> O dispositivo foi invocado no caso do assassinato da freira americana Doroty Stang, que teve lugar no Estado do Pará, quando o Procurador Geral da República deu parecer favorável ao deslocamento da competência da justiça estadual daquele estado para a Justiça Federal. Contudo, entendeu o ilustre Ministro relator Arnaldo Esteves Lima que, além dos dois requisitos previstos no § 5º para justificar o deslocamento de competência (ocorrência de grave violação de direitos humanos e "assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais"), seria necessário ainda um terceiro, a saber, "a incapacidade (oriunda de inércia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais, materiais, etc.) de o Estado-membro, por suas instituições e autoridades, levar a cabo, em toda sua extensão, a persecução penal", fundamento pelo qual rejeitou o incidente (STJ, IDC – 1/PA, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 08/06/2005).

Tendo em vista o entendimento do STJ, que considera pressuposto para a *federalização* da competência para processar e julgar a causa a incapacidade de as autoridades estaduais desincumbirem-se a contento das suas funções, é indispensável o estabelecimento do contraditório, neste incidente, que envolva essas mesmas autoridades. Enfim, o promotor de justiça e o juiz de direito devem ser ouvidos neste incidente, sendo-lhes permitido demonstrar que estão cumprindo satisfatoriamente com as suas tarefas e que, portanto, a transferência da causa para a Justiça Federal é desnecessária.

14.4.3. Causas do art. 109, XI, CF/88: disputa sobre direitos indígenas

Será competente a Justiça Federal para toda a ação que verse sobre direitos indígenas.[117] A grande controvérsia é delimitar a extensão dessa competência: engloba apenas as causas que digam respeito à esfera coletiva dos índios, ou, também, aquelas relacionadas a direitos do índio individualmente considerado? Enfim, o inciso cuida dos "direitos dos índios" ou dos "direitos de um índio"?

O STF tem julgado que entendeu que ainda assim a competência seria da Justiça Federal.[118] O STJ segue em sentido contrário, como se vê do enunciado 140 da súmula da sua jurisprudência predominante: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima".

> Ver também o Conflito de Competência n. 39.818: "Não configura causa sobre direitos indígenas o pedido de alvará judicial feito por indígena para levantamento de valor depositado em conta de poupança do *de cujus* (falecido), pois se trata de pretensão de natureza particular, e não de pretensão do grupo indígena", concluiu o relator. (...) Teori Albino Zavascki ressaltou ainda que "a competência da Justiça Federal para o julgamento de causas sobre os direitos indígenas (artigo 109, XI da CF/88) diz respeito aos direitos elencados no artigo 231 da Constituição Federal", o que não seria o caso do processo em questão.

Contudo, deve prevalecer o entendimento de que, em âmbito cível ou penal, a Justiça Federal é competente para julgar causas que versem sobre direitos indígenas, entendidos como aquelas que dizem respeito aos direitos indígenas coletivamente considerados. Em relação às questões individuais, a incumbência recairá sobre a Justiça Estadual.

14.4.4. Causas referentes à nacionalidade e à naturalização: art. 109, X, fine

A Lei de Registros Públicos, no art. 32, §4º, prevê que o interessado em manifestar sua opção pela nacionalidade brasileira deverá fazê-lo perante juízo federal. Trata-se de uma exceção constitucional à regra de que a Justiça Federal não trata de questões de Estado. Esta competência não abarca as demandas de simples retificação de registro público.

A expressão "causas referentes à nacionalidade", presente no art. 109, X, deve ser entendida da maneira mais abrangente possível, uma vez que o dispositivo busca trazer à competência da Justiça Federal tudo o quanto envolva o tema, a exemplo da ação de

117. "COMPETÊNCIA. INDÍGENA. HOMICÍDIO. A Seção, prosseguindo o julgamento, entendeu haver a competência da Justiça Federal no processo que apura crimes de homicídio cometidos por indígenas contra fazendeiros. Está evidenciado nos autos que os motivos ou causas dos delitos perpetrados dizem respeito à defesa de território étnico, evidenciando o envolvimento de interesses gerais de indígenas." CC 39.389-MT, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 10/3/2004.

118. *"Habeas corpus.* Homicídio. Índio. Justiça Estadual. Incompetência. Artigo 109 – da Constituição Federal. Caso em que se disputam direitos indígenas, Todos os direitos (a começar pelo direito à vida) que possa ter uma comunidade indígena ou um índio em particular estão sob a rubrica do inciso XI do artigo 109 da Constituição federal. Habeas corpus concedido para que se desloque o feito para a Justiça Federal, competente para julgar o caso." (HC 71.835, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ, I, 22.11.96, p. 45687).

verificação de possibilidade do naturalizado ser proprietário, armado ou comandante de navio nacional, ação de registro de nacionalidade brasileira e ação visando a concessão de passaporte.

Não obstante, existem exceções à esta orientação. Vladimir Carvalho informa que, na hipótese de naturalização, a competência da Justiça Federal se exaure com a entrega do título de naturalizado, incluindo-se aí também ação de cancelamento de título de naturalização e toda ação que se refira à perda e aquisição de nacionalidade.[119]

Por outro lado, estão excluídas da competência da Justiça Federal, por exemplo, causas sobre adição de patronímico por brasileira naturalizada – referem-se a direito de família e registro público[120] (vide súmula 51 TFR). Também estão afastadas causas de modificação de registro de brasileiro naturalizado.

14.5. Competência territorial da Justiça Federal

14.5.1. Considerações gerais

Convém relembrar a distinção entre competência funcional e competência territorial. Será territorial toda a vez que houver um elemento geográfico delimitando a área de competência do órgão judicial, seja em termos de distritos, municípios, regiões ou Estado.

As regras previstas nos parágrafos do art. 109 são apenas formalmente constitucionais, pois a competência territorial não é matéria atinente à estrutura do Estado, organização de seus órgãos ou direitos fundamentais. A competência não deixará de ser territorial porque prevista na Constituição Federal. A utilidade da previsão é exatamente retirar da ordem jurídica disposições em contrário, impedindo que o legislador ordinário discipline diversamente a questão.[121]

A Justiça Federal organiza-se em seções judiciárias (no mínimo uma por Estado), com sede na Capital, podendo ainda haver varas federais situadas em cidades do interior. Segundo Aluísio Mendes, com propriedade, esta fixação de competência é territorial, portanto de foro, ficando sujeita à prorrogação.

> "Por certo haverá, sempre, uma vara federal com, *a priori*, competência sobre o lugar em que é domiciliado o segurado, mas a Carta exige que o órgão federal esteja instalado na comarca. Não estando, prevê o texto constitucional que 'serão processadas e julgadas na justiça do estado, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários'. Assim, por exemplo, nas seções judiciárias em que há varas federais instaladas apenas nas Capitais, todo o Estado estará sob a competência dessas varas. Mas, incidindo o art. 109, §3°, opera-se verdadeiro corte na competência territorial,

119. CARVALHO, Vladimir Souza. *Competência da Justiça Federal.* 5 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 244-246.
120. Enunciado n. 51 da Súmula do TFR: "Compete à Justiça Estadual decidir pedido de brasileira naturalizada para adicionar patronímico de companheiro brasileiro nato".
121. MENDES, Aluisio Gonçalves. *Competência Cível da Justiça Federal.* São Paulo: Saraiva, 1998. p. 108.

> pois o órgão estadual passa a poder processar e julgar a causa como se integrasse a Justiça Federal (...) Exige-se, tão-somente, a presença, na comarca, da vara federal, podendo esta estar instalada em qualquer localidade integrante da comarca, coincidindo ou não com o lugar do foro central ou do foro regional. Por certo, em comarcas com grande extensão, englobando por vezes muitos municípios, haverá, ainda, algum distanciamento. Mas a proximidade da comarca foi considerada pelo legislador constitucional como suficiente".[122]

Art. 109, §1°, CF/88. As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte. Embora foro constitucional, está sujeito à prorrogação. Trata-se de foro exclusivo que prevalece sobre qualquer competência territorial prevista no CPC. O texto fala apenas em seção judiciária, mas é óbvio que se deve entender que abrange a situação das chamadas subseções (ou varas federais no interior).

Art. 109, §2°, CF/88. As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas (todos são igualmente competentes, não havendo que se falar em incompetência relativa): a) na seção judiciária em que for domiciliado o autor; b) o foro em que houver ocorrido o ato ou fato; c) onde esteja situada a coisa; d) no Distrito Federal. Ver, por exemplo, o enunciado 689 da súmula da jurisprudência predominante do STF: "O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o juízo federal do seu domicílio ou nas varas federais da capital do Estado-membro".[123-124]

14.5.2. CF/88, art. 109, §3°: juízo estadual com competência federal

Os §§ 3° e 4° do art. 109 da CF/88 autorizam lei infraconstitucional a, preenchidos certos requisitos, atribuir competência (jurisdição) da Justiça Federal para a Justiça Estadual, desde que não haja no local sede da Justiça Federal. Determinam, ainda, que o recurso contra estas decisões seja dirigido ao Tribunal Regional Federal – e não ao Tribunal de Justiça. Eis o teor dos dispositivos:

> § 3° – Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e,

122. MENDES, Aluísio Gonçalves. *Competência Cível da Justiça Federal.* São Paulo: Saraiva, 1998, p. 118-119
123. Decisão do STF de 20.09.2005 ordenou o desmembramento de processo que apresentava no pólo ativo litisconsortes de Estados diferentes com propositura no Paraná, uma conseqüência à declaração de incompetência daquele juízo para a apreciação da lide. Reconheceu a referida decisão que poderiam os autores ter ingressado com a demanda no Distrito Federal, situação prevista no texto constitucional, mas, uma vez proposta no Paraná, circunstância que também não se encaixa na hipótese do foro da ocorrência do fato ou ato, o Pretório Excelso houve por bem desmembrar a demanda e remeter cópias do processo às secções judiciárias respectivas de cada autor (RE 451907/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 20.9.2005).
124. Enunciado n. 23 FONAJEF – Fórum Nacional dos Juizados Especiais (21.10.2005): Nas ações de natureza previdenciária e assistencial, a competência é concorrente entre o JEF da Subseção judiciária e o da Sede da Seção judiciária (art. 109, §3° da CF e súmula 689 do STF).

se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

§ 4º – Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

Duas são as hipóteses em que se admite a atribuição de competência.

A primeira autorização é específica e está prevista constitucionalmente: o constituinte se antecipou e atribuiu competência da Justiça Federal para a Justiça Estadual nas hipóteses de causas previdenciárias, permitindo que sejam processadas no foro dos segurados ou beneficiários, se lá não houver sede da Justiça Federal. Dispensa-se a legislação ordinária, pois a própria Constituição Federal cuidou de atribuir excepcionalmente esta competência ao juízo estadual. Não importa que o segurado seja réu ou autor: para ambas as situações delega-se jurisdição federal ao juízo estadual.

Nada impede que o segurado opte por demandar perante um juízo federal da capital, não obstante tenha domicílio em cidade do interior em que não há vara federal: a regra de delegação foi criada para facilitar a vida do cidadão, mas não lhe é imposta como único caminho a ser seguido.[125] Não lhe é autorizado, porém, demandar em outra cidade, perante juízo estadual, se naquela em que reside há vara federal (STF, 2ª T., AGRRE 227.132/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. 22.06.1999, DJ de 27.08.1999, p. 59). Não pode o INSS, também, propor demanda em face do segurado na capital, perante o juízo federal, se o réu estiver domiciliado em cidade da hinterlândia que não disponha de vara federal. Neste último caso, poderá o segurado oferecer exceção de incompetência relativa; se se calar, porém, haverá prorrogação da competência.

A criação ulterior de vara federal na localidade implica deslocamento da causa para o juízo federal, porque se trata de fato superveniente que altera competência absoluta e, portanto, está apto a quebrar a perpetuação da competência determinada pelo art. 87 do CPC.[126]

Veja recente decisão do STJ, que bem elucida a questão e ainda cuida do problema das varas distritais:

"1. A Vara Distrital na circunscrição territorial da Comarca com sede em outro município, na organização judiciária, não se distingue como Comarca para a previsão constitucional de competência federal delegada.

125. A propósito, enunciado n. 08 da súmula da jurisprudência do TRF da 4ª Região: "Subsiste no novo texto constitucional a opção do segurado para ajuizar ações contra a Previdência Social no foro estadual do seu domicílio ou no do Juízo Federal".

126. Neste sentido, PERRINI, Raquel Fernandez. *Competências da Justiça Federal Comum.* São Paulo: Saraiva, 2001, p. 306; BOCHENEK, Antônio César. *Competência Cível da Justiça Federal e dos juizados especiais cíveis*, cit., p. 157. No STJ, 3ª S., CC n. 18416-SP, rel. Min. Vicente Leal, j. 11.12.1996, DJ de 24.02.1997, p. 3290; 1ª S., CC n. 15.423, rel. Min. José de Jesus Filho, j. 28.11.1995, DJ de 12.02.1996, p. 2396; 1ª S., CC n. 12500-SP, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 28.03.1995, DJ de 12.06.1995, p. 17.575.). Há, porém, decisões em outro sentido.

2. Havendo vara federal na comarca onde se situa o foro distrital, não há delegação de competência prevista no § 3º do art. 109 da Constituição Federal, restando incólume a competência da Justiça Federal.

3. Adota-se tal entendimento inclusive para os processos em curso, haja vista que o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* não se aplica em caso de competência absoluta, mas apenas de competência relativa..." (STJ, 1. S., CC 38.713/SP, rel. Min. Luiz Fux, rel. p/ acórdão Teori Zavascki, j. 14.04.2004, DJ de 03.11.2004).[127]

Vamos adiante.

O Superior Tribunal de Justiça ainda considera aplicável o enunciado 216 da súmula da jurisprudência predominante do antigo Tribunal Federal de Recursos (TFR),[128] que afirma que essa autorização constitucional não se aplica em casos de mandado de segurança.[129] A restrição é, a todos os olhos, descabida: a) a Constituição fala de causas previdenciárias, sem especificar o procedimento; b) mandado de segurança é garantia fundamental; logo ele estaria fora de uma regra que tem o claro objetivo de favorecer o cidadão em face do Estado?

O texto constitucional menciona as causas que envolvam "segurados" ou "beneficiários". O texto permite uma interpretação extensiva, para que se entenda que não só os titulares de benefícios previdenciários, mas também aqueles que têm direito a benefícios assistenciais podem demandar em seu domicílio, se lá não houver sede da Justiça Federal. Corretamente, a propósito, STJ, 3ª S., CC n. 37717/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 08.10.2003, publicado no DJ de 09.12.2003, p. 209:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ARTIGO 109, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCIDÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DE CARTA PRECATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A literalidade do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição da República deixa certo que à Justiça Estadual foi atribuída a competência excepcional para processar e julgar, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, exclusivamente, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, além daqueloutras permitidas em lei.

127. Há precedente, da mesma 1ª Seção do STJ, em sentido diverso: CC n. 38.712/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 12.11.2003, DJ de 09.12.2003.

128. "Compete à Justiça Federal processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade previdenciária, ainda que localizada em Comarca do interior".

129. CC 31437-MG, publicado no DJ de 31.03.2003, p. 146, rel. Min. LAURITA VAZ: "PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. SUSPENSÃO. PAGAMENTO. ATO DE CHEFE DE POSTO LOCAL DO INSS. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO. VARA FEDERAL. INEXISTÊNCIA. EXERCÍCIO DE JURISDIÇÃO FEDERAL PELO JUIZ DE DIREITO. ART. 109, 3º, CF/88. HIPÓTESE NÃO CARACTERIZADA. APRECIAÇÃO. RECURSO. COMPETÊNCIA. CORTE ESTADUAL. 1. A Terceira Seção desta Corte firmou sua jurisprudência no sentido de que a delegação de competência inserta no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, não incide em mandado de segurança no qual é discutida matéria previdenciária, sendo ainda aplicável o verbete da Súmula n.º 216 do extinto Tribunal Federal de Recursos".

> 2. À luz da evidente razão da norma inserta no parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição da República, é de se interpretá-la atribuindo força extensiva ao termo "beneficiários", de modo a que compreenda os que o sejam do segurado, mas também aqueloutros do benefício da assistência social, como, aliás, resta implícita na jurisprudência desta Egrégia Terceira Seção, que tem compreendido no benefício previdenciário o benefício assistencial."

A Constituição Federal também procede a uma autorização genérica para o legislador infraconstitucional atribuir competência ao juízo estadual. Prescreve que a lei infraconstitucional poderá proceder a essa atribuição, qualquer que seja a causa, desde que no foro local não haja sede da Justiça Federal – se houver, de fato, não há necessidade de atribuir-se, pois a razão de ser dos dispositivos é exatamente facilitar o acesso à Justiça Federal, a qual, é cediço, se encontra sediada apenas em capitais e grandes cidades do interior do Brasil.[130] Frise-se que essa atribuição deve vir expressamente prevista na lei federal, não se admitindo interpretação elástica. São exemplos: art. 15, Lei Federal n. 5.010/66,[131] art. 4º, Lei Federal n. 6.969/81 (usucapião especial rural),[132] cartas precatórias (art. 1.213 do CPC), execução fiscal (art. 15 da Lei Federal n. 5.010/66),[133] expedição de certificado de

130. MENDES, Aluísio Gonçalves. *Competência Cível da Justiça Federal.* São Paulo: Saraiva, 1998, p. 115.

131. Art. 15 da Lei Federal n. 5.010/66: "Nas Comarcas do interior onde não funcionar Vara da Justiça Federal (artigo 12), os Juízes Estaduais são competentes para processar e julgar: I – os executivos fiscais da União e de suas autarquias, ajuizados contra devedores domiciliados nas respectivas Comarcas; II – as vistorias e justificações destinadas a fazer prova perante a administração federal, centralizada ou autárquica, quando o requerente fôr domiciliado na Comarca; III – os feitos ajuizados contra instituições previdenciárias por segurados ou beneficiários residentes na Comarca, que se referirem a benefícios de natureza pecuniária".

132. § 1º do art. 4º da Lei Federal n. 6.969/81: "Observado o disposto no art. 126 da Constituição Federal, no caso de usucapião especial em terras devolutas federais, a ação será promovida na comarca da situação do imóvel, perante a Justiça do Estado, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos, cabendo ao Ministério Público local, na primeira instância, a representação judicial da União". Este parágrafo não prescinde de adaptações históricas: a) a referência é à Constituição antiga; o número do atual artigo da Constituição que autoriza a delegação é o 109, como visto; b) não existe mais o Tribunal Federal de Recursos; o recurso deve ser dirigido ao Tribunal Regional Federal, conforme o §4º do art. 109 da CF/88; c) o Ministério Público, após a CF/88, não atua mais como representante judicial da União (art. 129, IX, CF/88); a defesa da União deverá ser feita por um dos advogados que compõem os quadros da Advocacia Geral da União. Assim, havendo intervenção da União, ou de qualquer de seus entes, bem como seja ela (eles) ré necessária (como confinante, p. ex.), e não existindo sede da Justiça Federal no local em que se situa o imóvel usucapiendo, a demanda deverá ser ajuizada perante a Justiça Estadual, com recurso dirigido ao Tribunal Regional Federal. O que importa é que a causa sempre tramite no foro do local do imóvel. O Superior Tribunal de Justiça já sumulou este entendimento, recepcionando o mencionado parágrafo primeiro como hipótese de delegação de competência da Justiça Federal para a Justiça Estadual. Eis o teor do enunciado nº 11 da súmula do STJ: "A presença da União ou de qualquer dos seus entes, na ação de usucapião especial, não afasta a competência do foro da situação do imóvel."

133. Interessante a observação de Raquel Perrini, lastreada em sólida jurisprudência: "Releva anotar, ainda, que a competência para o executivo fiscal atrai também para conhecer, processar e julgar os embargos do devedor e os embargos de terceiro eventualmente opostos, por estarem atrelados à ação executiva ajuizada pela União ou por suas autarquias perante a Justiça dos Estados. Porém, tratando-se de embargos de terceiro opostos por quaisquer das pessoas que detenham foro federal, a competência para os conhecer, processar e julgar é da Justiça Federal Comum, ficando sobrestada a execução fiscal até a decisão dos embargos". (*Competências da Justiça Federal comum*, p. 316.)

naturalização (art. 119, § 2º, Lei Federal n. 6.815/80) etc. O n. 349 da súmula do STJ traz mais um exemplo de causa federal que o juiz estadual tem competência para processar: "Compete à Justiça Federal ou aos juízes com competência delegada o julgamento das execuções fiscais de contribuições devidas pelo empregador ao FGTS".

Competência recursal. Muito embora corra o processo na justiça estadual, o recurso será para o Tribunal Regional Federal (art. 109, § 4º, CF/88).[134]

	Mandado de segurança	Ação rescisória
Acórdão de outro tribunal	O TRF não tem competência para processar e julgar. Há um princípio constitucional implícito, corroborado pela súmula do STF,[134] de que o mandado de segurança contra ato do tribunal é da competência do próprio tribunal que proferiu o ato.	O TRF não tem competência para processar e julgar. Há um princípio constitucional implícito de que o tribunal tem competência para julgar a ação rescisória de seus julgados.
Decisão de juiz estadual investido de jurisdição federal	Aqui a competência do TRF é discutível, pois o texto expresso da CF/88 não menciona o MS contra ato de juiz estadual investido de jurisdição federal. Tendo em vista: a) a interpretação extensiva que o STJ fez da alínea "e"; b) que o MS, nesses casos, funciona como sucedâneo recursal, é razoável entender que o TRF teria competência para processar e julgar mandado de segurança contra ato de juiz estadual investido de jurisdição federal.	Aqui a competência do TRF é discutível, pois o texto expresso da CF/88 não menciona a ação rescisória de decisão de juiz estadual investido de jurisdição federal. Tendo em vista a interpretação extensiva que o STJ fez da alínea "e", é razoável entender que o TRF teria competência para processar e julgar a ação rescisória, em tais casos.
Decisão de juiz estadual com competência delegada federal	O TRF não tem competência, nesta hipótese. Este mandado de segurança será da competência do tribunal a que se vincular o magistrado-coator.	O TRF não tem competência, nesta hipótese. Esta ação rescisória será da competência do tribunal a que se vincular o magistrado que proferiu a decisão rescindenda.

14.6. Competência do Tribunal Regional Federal (art. 108 da CF/88)

A competência cível do TRF é sempre funcional, não sendo relevantes os sujeitos da demanda nem a matéria discutida. Divide-se em originária, inciso I do art. 108 da CF/88, e derivada, inciso II do mesmo artigo.

A competência originária cível do TRF está prevista em três alíneas do inciso I do art. 108: a) julgar ação rescisória ajuizada contra seus julgados ou julgados de juízes

134. Ver o enunciado n. 330 da súmula do STF: "O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO É COMPETENTE PARA CONHECER DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATOS DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS".

federais (alínea "b"); b) julgar mandado de segurança e *habeas data* contra seus atos ou atos de juízes federais (alínea "c"); c) julgar conflito de competência entre juízes federais (alínea "e").

O Superior Tribunal de Justiça deu interpretação extensiva à alínea "e" do inciso I do art. 108 da CF/88, para que se entenda como da competência do TRF o julgamento do conflito de competência envolvendo juiz federal e juiz estadual investido de jurisdição federal (art. 109, § 3°, CF/88), da mesma região – enunciado 03 da súmula da jurisprudência dominante do STJ.

Algumas dúvidas surgem em relação à competência do TRF para processar e julgar ação rescisória e mandado de segurança contra ato judicial, quando o ato questionado for de outro tribunal, de um juiz estadual investido de jurisdição federal e de juiz estadual sem investidura federal, e tais demandas tenham sido ajuizadas por entes federais. Um exemplo, para elucidar: de quem é a competência para processar e julgar ação rescisória ajuizada pela União, na qualidade de terceira, com o objetivo de rescindir acórdão proferido por um Tribunal de Justiça?

A resposta a essas dúvidas pode ser apresentada em forma de quadro esquemático.

A competência recursal do TRF está regulada no art. 108, II, da CF/88. Compete ao TRF julgar o recurso interposto contra as decisões dos juízes federais e dos juízes estaduais, investidos de jurisdição federal. Embora omissa a CF, também terá competência o TRF para julgar embargos de declaração e embargos infringentes interpostos contra seus próprios julgados – trata-se de competência implícita, admitida pelo STF no direito brasileiro.

Não tem o TRF competência para julgar recurso interposto contra decisão de juiz estadual sem investidura federal, conforme, aliás, consolidada interpretação jurisprudencial (enunciado 55 da súmula da jurisprudência predominante do STJ).

Assim, *quid iuris* se a União (ou entidade autárquica ou empresa pública federais) recorrer, como terceira, de sentença prolatada contra a sociedade de economia mista: desloca-se o julgamento para Justiça Federal ou permanecerá competente o Tribunal de Justiça do Estado-membro? E se ela pedir para intervir como assistente em processo que está pendente de julgamento em segunda instância da Justiça Estadual?

No primeiro caso, o recurso, a despeito de ter sido interposto pela União, deverá ser julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado, e não pelo Tribunal Regional Federal, porquanto esse somente tem competência recursal para "as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição".

Do mesmo modo, "se a autarquia federal ingressa como assistente de uma das partes, após proferida a sentença, a causa não se desloca da Justiça Estadual para a Justiça Federal, pois o Tribunal Regional Federal não poderia exercer juízo de revisão sobre a

sentença de juiz estadual...".[135] Incide, na sua inteireza, o enunciado n. 55 do Superior Tribunal de Justiça. Na mesma linha, e também aplicável, o vetusto enunciado n. 518 da súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: "A intervenção da União, em feito já julgado pela segunda instância e pendente de embargos, não desloca o processo para o Tribunal Federal de Recursos".[136]

> O Superior Tribunal de Justiça publicou o enunciado n. 365 da súmula da sua jurisprudência predominante: "A intervenção da União como sucessora da Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA) desloca a competência para a Justiça Federal ainda que a sentença tenha sido proferida por Juízo estadual".
>
> Em relação ao primeiro trecho do enunciado, nada a acrescentar, tendo em vista que se trata de aplicação direta do inciso I do art. 109 da CF/88.
>
> O trecho final do enunciado, porém, não parece correto ("ainda que a sentença tenha sido proferida por Juízo estadual"). É que, proferida a sentença, a competência para o julgamento do recurso passa a ser do tribunal. A competência recursal do TRF está prevista no art. 108, II, CF/88. Ali, apenas se prevê competência derivada para os casos de recursos contra decisões de juízes federais e de juízes estaduais investidos de jurisdição federal. O TRF não pode julgar recurso de decisão proferida por juiz estadual. A regra foi confirmada pelo enunciado n. 55 do mesmo STJ. Assim, proferida a sentença por juízo estadual, a causa deve continuar tramitando perante o respectivo Tribunal de Justiça, mesmo que a União passe a fazer parte do processo. Note que se a intervenção da União ocorrer ainda em primeira instância, a causa deverá ser remetida à Justiça Federal (art. 109, I, CF/88; súmula do STJ, n. 150).
>
> Como se vê, a parte final do enunciado n. 365 do STJ não está em conformidade com a CF/88 e, o que nos deixa perplexos, está em contradição com o n. 150 da mesma súmula do STJ.

Perceba, porém, que, se a intervenção do ente federal se der ainda em primeira instância, a causa deverá ser remetida à Justiça Federal, por força do art. 109, I, aplicado à competência dos juízes federais.

Há, ainda, uma última advertência: se o TRF, ao julgar uma apelação interposta pela União, em processo em que ela litiga em litisconsórcio com um ente privado (um banco, por exemplo), reconhecer a sua ilegitimidade *ad causam*, e excluí-la do feito, não será caso de remessa dos autos à Justiça Estadual nem de reconhecimento de uma eventual incompetência absoluta da Justiça Federal para ter processado a causa até

135. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência.* 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 124.

136. Em sentido contrário, sem maiores argumentos, decidiu a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal: "Com base na jurisprudência do STF no sentido de que compete à Justiça Federal manifestar-se, em ação de usucapião, sobre a existência ou não de interesse jurídico da União na lide, a Turma decidiu que compete ao Tribunal Regional Federal julgar, em sede recursal, a decisão de magistrado estadual que não admitira a intervenção da União, requerida em razão da área usucapienda confrontar com terreno de marinha..." (RE 144.880-ES, rel. Min. Celso de Mello, 31.10.2000; precedente citado RE 203.088-SC, DJU de 13.03.1998). Nessa mesma linha, STJ, Conflito de Competência N° 38.790 – RS, rel. p/ acórdão Min. Teori Zavascki, j. 27.08.2003.

então. Caberá ao TRF prosseguir no julgamento do recurso, a despeito da exclusão do ente federal. Em primeiro lugar, cabe ao TRF, e não ao TJ, julgar o recurso interposto contra decisão de juiz federal. Em segundo lugar, a Justiça Federal não era incompetente, pois até então a União estava no processo, tanto que, no caso citado, o magistrado *a quo* lhe reconhecera legitimidade *ad causam*. Lembre-se: a competência do TRF não é determinada em razão da pessoa; trata-se de competência funcional, hierárquica (julgar recurso). A situação seria outra se o recurso fosse o agravo de instrumento: é que, excluído o ente federal, e não tendo terminado o processo em primeira instância, que prosseguia, caberá ao juiz federal, tendo em vista que não mais subsiste o fato que lhe imputava a competência (presença do ente federal no processo, art. 109, I, CF/88), remeter os autos à Justiça Estadual.

CAPÍTULO IV

TEORIA DA AÇÃO

Sumário • 1. Acepções do vocábulo "ação" – 2. A demanda e a relação jurídica substancial – 3. Elementos da "ação": 3.1. Causa de pedir e pedido; 3.2. Partes – 4. Condições da "ação": 4.1. Generalidades; 4.2. Momento de verificação das condições da ação. Notas sobre a teoria da asserção; 4.3. A possibilidade jurídica do pedido; 4.4. A legitimidade para agir em juízo: 4.4.1. Noção; 4.4.2. Classificação; 4.4.3. Substituição processual ou legitimação extraordinária; 4.4.4. Substituição processual e sucessão processual; 4.4.5. Substituição processual e representação processual; 4.4.6. A legitimação na tutela coletiva; 4.5. O interesse de agir: 4.5.1. Generalidades; 4.5.2. O interesse-utilidade; 4.5.3. O interesse-necessidade e as ações necessárias; 4.5.4. O denominado interesse-adequação – 5. Tipologia das "ações": 5.1. Classificação segundo a natureza da relação jurídica discutida: real e pessoal; 5.2. Classificação segundo o objeto do pedido mediato: mobiliária ou imobiliária; 5.3. Classificação segundo o tipo de tutela jurisdicional: conhecimento, cautelar e executiva. Ações sincréticas; 5.4. Classificação das ações de conhecimento (certificação): 5.4.1. Ações de prestação; 5.4.2. Ações constitutivas; 5.4.3 Ações meramente declaratórias; 5.4.4. O art. 4º, par. ún, CPC. Distinção entre ação meramente declaratória e ação de prestação (condenatória). O art. 475-N, I, do CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 11.232/2005; 5.5. Ações dúplices – 6. Cumulação de ações – 7. Concurso de ações.

1. ACEPÇÕES DO VOCÁBULO "AÇÃO"[1]

"Ação" é palavra que, na dogmática jurídica, possui vários sentidos. Durante muito tempo, a ciência processual, notadamente sob influência italiana, preocupou-se em delimitar o conceito de ação. Pode-se dizer, sem exagero, que este foi o principal tema, o principal objeto de pesquisa dos processualistas na fase de afirmação do processo civil como ramo autônomo do Direito. Inúmeras foram as teorias. Não é o caso de repisá-las. Sintetizemos, porém, as principais acepções sobre o que seja "ação".

a) "Ação" como direito material em movimento/exercício. No processo romano não havia distinção nítida entre a relação jurídica processual e a relação jurídica material no processo deduzida. Ação, neste contexto, era o próprio direito material violado, cujo exercício se dava perante os tribunais da época. Esta vinculação do direito de ação ao direito material ainda é bastante visível nas leis civis, que vez por outra falam que alguém "tem ação contra" outrem. Fala-se, por exemplo, em "ação regressiva", como sinônimo de direito de reembolso.

b) "Ação" como direito autônomo em relação ao direito material. Ação, neste sentido, seria o direito de provocar a jurisdição, direito ao processo, direito de instaurar a relação jurídica processual. Trata-se da "pretensão à tutela jurídica",[2] que se exerce contra o Estado para que ele preste justiça. Os autonomistas dividiam-se entre os *"abstrativistas"*, que consideravam que o direito de ação era abstrato, pois existiria sempre, pouco importa o

1. Sobre o tema, vale consultar MACHADO, Fábio Cardoso e AMARAL, Guilherme Rizzo. *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
2. Sobre ação de direito material, ver MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1999, 7v.

resultado da causa (existência ou não do direito material), e os *"concretistas"*, para quem, embora autônomo, o direito de ação só existiria se o autor tivesse o direito material. A concepção *abstrativista* prevaleceu, embora com o "tempero" que lhe foi ministrado pela concepção eclética de Enrico Tullio Liebman, em outro item examinada. Não há quem discuta que a Constituição Federal, quando garante a inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV), confere a todos o direito de exigir do Estado a prestação jurisdicional, em qualquer situação. Este direito é incondicionado e pertence a todos.

O *direito de ação* é uma situação jurídica constitucional que confere ao seu titular um direito a um processo devido (adequado, tempestivo, efetivo e leal), em que se respeitem todas as garantias processuais (contraditório, juiz natural, proibição de utilização de prova ilícita etc.). Trata-se de um *direito fundamental* de conteúdo amplo e complexo. É possível dizer, por exemplo, que o direito de recorrer é corolário do direito de ação. Não se trata, pois, de uma simples garantia formal de acesso à Justiça. O direito de ação é *qualificado* por todos os princípios que estruturam o devido processo legal, examinados no capítulo respectivo deste *Curso*.

c) "Ação" como exercício daquele direito abstrato de agir. "Ação exercida", "Ação processual", "demanda",[3] "pleito", "causa", todas essas são palavras sinônimas e possuem o sentido de identificar o exercício do direito abstrato de ação, que no caso é sempre concreta, porque relacionada a determinada situação jurídico-substancial. Pela ação processual, exerce-se o direito constitucional de ação levando-se a juízo a afirmação de existência do direito material (ação em sentido material), fato que já revela como o estudo desse instituto se encontra no ponto de contato do direito processual com o direito material.

Note, portanto, que não se pode confundir o *direito de ação*, que é uma situação jurídica (efeito jurídico, pois), com a *ação*, que é um ato jurídico (apto a *gerar* efeitos jurídicos, portanto). A *ação* é o ato jurídico que se chama *demanda*, que é o *exercício* do *direito fundamental de ação*.

> "Esses dados correspondem àquela que poderíamos denominar *ação exercida*, por contraposição à não exercida, ou seja: esta, a abstratamente considerada; aquela, a que se concretizou.
>
> Percebe-se que, do exercício do direito de ação resulta a chamada relação jurídica processual que, subjetiva e objetivamente se apodera dos elementos da ação exercida, permitindo-se, dessa maneira, definir a relação que há entre ação e processo e a conseqüente identificação dos respectivos elementos. (...)
>
> A isso é que denominamos *ação exercida*, com a qual se concretiza a pretensão à tutela jurídica processual, se individualizam os sujeitos da relação que então se determina e se fixa a natureza da tutela pretendida".[4]

3. Leonardo Greco aponta este sentido como "muito importante": trata-se de "ação como demanda, como conjunto de elementos propostos pelo autor que delimitam o objeto litigioso, a *res in judicium deducta*, tanto objetiva quanto subjetivamente" (*A teoria da ação no processo civil.* São Paulo: Dialética, 2003, p. 12).
4. NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 117-118.

Essa acepção é a que consideramos, atualmente, do ponto de vista prático e didático, a mais importante. O estudo dos "elementos da ação", da "cumulação de ações", do "concurso de ações", da "classificação das ações" gira em torno da "ação exercida", e não do direito de ação constitucionalmente considerado. Outras questões, como a coisa julgada, a conexão/continência, a prejudicialidade, a intervenção de terceiro, do mesmo modo, estão intimamente relacionadas à "ação exercida". As condições da ação também só se admitem se a "ação condicionada" for a "ação exercida".[5]

O estudo da demanda é, pois, fundamental.

2. A DEMANDA E A RELAÇÃO JURÍDICA SUBSTANCIAL[6]

O vocábulo "demanda" tem duas acepções: a) é o ato de ir a juízo provocar a atividade jurisdicional e b) é também o conteúdo dessa postulação. Neste último sentido (demanda-conteúdo), demanda é sinônimo de ação concretamente exercida.

Toda ação concretamente exercida pressupõe a existência de, pelo menos, uma relação jurídica de direito substancial. Ocorrido o fato da vida previsto no substrato fático de uma determinada norma jurídica, ter-se-á, pela incidência da norma, um fato jurídico. Somente a partir de então é que se poderá falar de situações jurídicas e de todas as demais categorias de efeitos jurídicos (eficácia jurídica).[7] Nesse contexto, a demanda (entendida como conteúdo da postulação) é o nome processual que recebe a relação jurídica substancial quando posta à apreciação do Poder Judiciário. Inexistindo ao menos a afirmação de uma relação jurídica de direito material, inexistirá demanda-conteúdo e a demanda-ato será um recipiente vazio.

Todos os elementos da relação jurídica discutida em juízo guardam correspondência com os elementos da demanda, numa perfeita simetria: enquanto a relação jurídica de direito substancial tem como elementos os sujeitos, o fato jurídico e o objeto, a demanda tem como elementos as partes, a causa de pedir e o pedido.

As partes na demanda normalmente coincidem com os sujeitos da relação jurídica substancial (à exceção dos casos de legitimação extraordinária ou se houver ilegitimidade *ad causam*). Em razão da autonomia da relação jurídica processual, é possível que os sujeitos da demanda (autor e réu) não coincidam com os sujeitos da relação jurídica material deduzida, embora isto não seja a regra.

A causa de pedir na demanda impõe, segundo a vertente acolhida pelo nosso sistema processual, a narrativa dos fatos da vida e da própria relação jurídica nascida a partir deles

5. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Pressupostos processuais e condições da ação". *Justitia.* São Paulo: s/ed. 1991, out-dez, n. 53, p. 53.
6. Escrito com o imprescindível apoio de Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga, Professores-assistentes do Curso de Especialização em Direito Processual Civil do *Jus*PODIVM
7. A respeito, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência.* 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 71.

(teoria da substanciação: causa de pedir = fatos + relação jurídica) e o pedido veicula a pretensão processual do autor (pedido imediato: prestação da atividade jurisdicional; pedido mediato: tutela do bem da vida).

Eis, pois, a relação existente entre os dois institutos: a afirmação da relação substancial é o conteúdo da demanda. É pressuposto necessário, mas não suficiente, vez que, para que se possa falar em demanda, a relação substancial há de ser processualizada, isto é, há de ser deduzida em juízo.

A importância de identificar a relação que se estabelece entre os elementos da relação jurídica deduzida e o estudo da demanda pode ser bem visualizada na tabela abaixo.

Elementos da relação jurídica	Livros da parte Geral do Código Civil	Elementos da ação	Condições da ação	Critérios objetivos de distribuição da competência (questão em concretização a demanda)
sujeitos	das pessoas (Livro I)	partes	legitimidade *ad causam*	em razão da pessoa
objeto	dos bens (Livro II)	pedido	possibilidade jurídica do pedido	em razão do valor da causa
fato	dos fatos jurídicos (Livro III)	causa de pedir	interesse de agir	em razão da matéria

3. ELEMENTOS DA "AÇÃO"

3.1. Causa de pedir e pedido

Os elementos objetivos da demanda, causa de pedir e pedido, estão examinados, amiúde, no capítulo dedicado à petição inicial (instrumento da demanda), para onde se remete o leitor.

3.2. Partes

Para a compreensão do conceito de parte, é fundamental que se estabeleça, inicialmente, a distinção entre parte processual, parte material (parte do litígio) e parte legítima.

Parte processual é aquele que está na relação jurídica processual, faz parte do contraditório, assumindo qualquer das situações jurídicas processuais, atuando com parcialidade e podendo sofrer alguma conseqüência com a decisão final. Esse é o conceito que deve ser utilizado. A parte processual pode ser parte da demanda (demandante e demandado), que é a parte principal, ou a parte auxiliar, coadjuvante, que, embora não formule pedido, ou não tenha contra si pedido formulado, é sujeito parcial do contraditório e, pois, parte. É o caso do assistente simples, por exemplo.

Há as partes da demanda principal, autor e réu, e há as partes de demandas incidentais, que podem não ser as mesmas da demanda principal. Por exemplo: no incidente de argüição da suspeição do juiz, as partes são o excipiente (autor ou réu) e o próprio juiz, que, neste incidente, é parte. Perceba que o juiz não é parte na demanda principal, mas o é no incidente em que se discute a sua imparcialidade.

Parte material ou *do litígio* é o sujeito da situação jurídica discutida em juízo; pode ou não ser a parte processual, pois, como se viu, o Direito pode conferir a alguém, em certas hipóteses, a legitimação para defender, em nome próprio, interesse alheio. Assim, alguém, mesmo sem ser o titular da situação jurídica discutida, pode ser *parte processual*.

Parte legítima é aquela que tem autorização para estar em juízo discutindo aquela determinada situação jurídica; *parte ilegítima*, por conseqüência, é o sujeito que, não obstante esteja em juízo, não tem autorização para tanto. Sucede que a *parte ilegítima* também é parte, até porque pode alegar a sua própria ilegitimidade.

> Carnelutti fala, ainda, em *parte complexa*, que seria o conjunto formado pelo incapaz e seu representante ou a pessoa jurídica e o seu órgão presentante.[8] É chamada de *parte complexa* "uma vez que é constituída por uma pluralidade organizada de indivíduos".[9] Distingue-se da *parte simples*, que está em juízo sozinha.

4. CONDIÇÕES DA "AÇÃO"

4.1. Generalidades

O Código de Processo Civil brasileiro adotou a concepção eclética sobre o direito de ação, segundo a qual o direito de ação é o direito ao julgamento do mérito da causa, julgamento esse que fica condicionado ao preenchimento de determinadas condições, aferíveis à luz da relação jurídica material deduzida em juízo. São as chamadas condições da ação, desenvolvidas na obra de Enrico Tullio Liebman[10], processualista italiano cujas lições exercem forte influência na doutrina brasileira. Seriam elas a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir ou interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido.

> "Diz-se, então, que o direito de ação, conquanto autônomo e abstrato em relação ao direito subjetivo material 'afirmado', só pode ser exercido em correlação com determinada pretensão de direito material, à qual se apresenta 'ligado e conexo'".[11]

O nosso diploma processual refere-se aos condicionamentos da ação em dois momentos: quando trata da ação (art. 3º), referindo-se apenas ao interesse processual e à

8. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil.* São Paulo: Classicbook, 2000, v. 1, § 106, p. 227-228.
9. SILVA, Paula Costa e. *A transmissão da coisa ou direito em litígio. Contributo para o estudo da substituição processual.* Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 126.
10. *Manual de Direito Processual Civil.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
11. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa". *Ensaios sobre direito processual.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p 379.

legitimidade, e ao cuidar dos casos de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, VI), quando finalmente menciona a possibilidade jurídica – curiosamente, sem o complemento "do pedido". A falta de qualquer das condições da ação implicaria a extinção do processo sem análise do mérito, conforme prescreve expressamente o inciso VI do art. 267 do CPC.

A clara opção legislativa, porém, não está imune a críticas de toda ordem, que vêm de todos os lados. Os limites desta obra não comportam considerações mais aprofundadas. Convém, porém, que se faça um rápido panorama com as principais críticas que se fizeram à escolha do legislador.[12]

Realmente, há uma dificuldade muito grande de diferençar aquilo que é mérito daquilo que seja simples condição da ação. A discordância reside em ponto fundamental, notadamente porque, de acordo com o nosso sistema, a sentença de carência de ação, por não ser sentença de mérito, não poderia ficar acobertada com a imutabilidade da coisa julgada material, o que permite que a demanda seja repetida. Se de mérito se tratasse, este problema não existiria.

Embora o texto legal seja um contra-estímulo a qualquer indagação doutrinária que proponha solução distinta da concepção teórica adotada,[13] nada impede "que se questionem os critérios do legislador, em nível doutrinário e até com vistas a uma interpretação e análise crítica dos textos que possa eventualmente relativizar a adesão do legislador a conceito tão polêmico, ainda sujeito a tormentosa controvérsia e tenaz oposição".[14]

Eis a síntese dos problemas doutrinários que surgem com a adoção das condições da ação, nos moldes em que propostas por Liebman: a) em caso de carência de ação, não haveria direito de ação? E o que teria acontecido até o momento em que a sentença de carência foi prolatada?; b) a sentença de carência de ação faz ou não coisa julgada material?; c) é possível examinar a presença das condições da ação a qualquer tempo, mesmo que isso dependa de instrução probatória?

A resposta a essas questões varia muito conforme a postura doutrinária que se adote.

Somente o exercício do direito de ação pode ser condicionado (a demanda), jamais o direito de ação, constitucionalmente garantido e decorrente do direito fundamental à inafastabilidade.

Se o objeto litigioso do processo se compõe da relação jurídica substancial deduzida; se esta relação jurídica tem por elementos os sujeitos, o objeto e o fato jurídico; se o objeto

12. Duas obras são fundamentais para o exame crítico da teoria eclética: *A ação no direito processual civil brasileiro*, de José Joaquim Calmon de Passos, e os trabalhos de Ovídio Baptista da Silva, notadamente o seu *Curso de Processo Civil*, São Paulo, RT, 2000, v. 1
13. A posição de Moniz de Aragão nesse sentido, antes exposta em seus *Comentários*, foi reforçada em contundente ensaio, elaborado à guisa de resposta às críticas que lhe foram dirigidas por Fábio Luiz Gomes: "Hobbes, Montesquieu e a teoria da ação". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2002, n. 108, 09-22.
14. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa". *Ensaios sobre direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p 379.

da relação jurídica se processualiza com o pedido, que é o efeito jurídico pretendido que se retira do fato jurídico alegado; se a legitimidade *ad causam*, ao menos no âmbito da tutela individual, se constata a partir da relação jurídica material; se a possibilidade jurídica a ser investigada é a do pedido, que para muitos é o próprio mérito da causa; fica difícil, então, defender que a análise das mencionadas condições da ação não é uma análise do mérito (da relação jurídica substancial deduzida).

Na verdade, a falta de condições da ação revela, quase sempre, situações de improcedência macroscópica, que justificariam, inclusive, o julgamento antecipado da lide; "hipóteses evidentes de improcedência do pedido, em que a solução para o caso independe de maiores aprofundamentos, haja vista a obviedade da solução da controvérsia".[15] O magistrado chega à solução de improcedência do pedido sem a necessidade de maiores considerações, nem de mais delongada instrução probatória.

4.2. Momento de verificação das condições da ação. Notas sobre a teoria da asserção

De acordo com o § 3º do art. 267 do CPC, o preenchimento das condições da ação pode ser averiguado a qualquer tempo e grau de jurisdição. O § 3º do art. 267 será objeto de estudo no capítulo sobre a extinção do processo, mais a frente. Neste momento, a análise concentrar-se-á no estudo da chamada teoria da asserção.

É possível, de acordo com o texto normativo, que haja necessidade de produção de prova para a constatação da regularidade do exercício da ação. As condições da ação não resultariam da simples alegação do autor, mas da verdadeira situação trazida a julgamento, sendo possível que a sua verificação ocorresse durante a instrução do processo, pouco importando o momento procedimental. Admite-se, porém, o preenchimento superveniente de condição da ação faltante: "é suficiente que as condições da ação, eventualmente inexistentes no momento da propositura desta, sobrevenham no curso do processo e estejam presentes no momento em que a causa é decidida".[16]

As dificuldades que normalmente se apresentam na separação das condições da ação do mérito da causa – aliadas ao fato de que a extinção do processo sem exame do mérito, por carência de ação, após longos anos de embate processual, é conseqüência indesejável – fizeram com que surgisse uma concepção doutrinária que busca mitigar os efeitos danosos que a aplicação irrestrita do que o Código de Processo determina poderia causar.

Sem olvidar o direito positivo, e considerando a circunstância de que, para o legislador, carência de ação é diferente de improcedência do pedido, propõe-se que a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento de prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Essa análise,

15. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 231.
16. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2 ed. trad. Cândido Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 1, p. 154.

então, seria feita à luz das afirmações do demandante contidas em sua petição inicial (*in statu assertionis*). "Deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação".[17] "O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito".[18]

Não se trata de um juízo de cognição sumária das condições da ação, que permitiria um reexame pelo magistrado, com base em cognição exauriente. O juízo definitivo sobre a existência das condições da ação far-se-ia nesse momento: se positivo o juízo de admissibilidade, tudo o mais seria decisão de mérito, ressalvados fatos supervenientes que determinassem a perda de uma condição da ação. A decisão sobre a existência ou não de carência de ação, de acordo com esta teoria, seria sempre definitiva. Chama-se de *teoria da asserção* ou da *prospettazione*.[19]

A verificação do preenchimento das condições da ação dispensaria a produção de provas em juízo; não há necessidade de provar a "legitimidade *ad causam*" ou o "interesse de agir", por exemplo. Não é preciso produzir uma perícia para averiguar se há ou não "possibilidade jurídica do pedido". Essa verificação seria feita apenas a partir da afirmação do demandante. Se, tomadas as afirmações como verdadeiras, as condições da ação estiverem presentes, está decidida esta parte da admissibilidade do processo; futura demonstração de que não há "legitimidade *ad causam*" seria problema de mérito. Se, tomadas as afirmações como verdadeiras, as condições da ação não estiverem presentes, o caso é de extinção do processo sem exame do mérito.

Note que a teoria da asserção pode ser aplicada mesmo após a defesa do réu. Imagine que o réu alegue a carência de ação (falta de legitimidade ativa *ad causam*, por exemplo). Se o juiz examinar essa alegação apenas a partir da afirmação feita pelo autor, a teoria da asserção está a ser aplicada. Não é, pois, o momento que a caracteriza, mas, sim, a produção ou não de prova para a verificação do preenchimento das condições da ação.

Para que se possa entender a aplicação dessa teoria, alguns exemplos são bem-vindos. Se alguém se afirma filho de outrem e, por isso, pede-lhe alimentos, possui legitimidade *ad causam*, mesmo que se comprove, posteriormente, a ausência do vínculo de filiação, quando será caso de improcedência do pedido e não de carência de ação. Se o autor pretende a obtenção de verba devida contratualmente, mas demanda

17. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, v. 1, p. 127.
18. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil.* 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., p. 212. Também assim, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Pressupostos processuais e condições da ação". *Justitia.* São Paulo: s/ed., 1991, out-dez, n. 53, p. 58.
19. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 2, p. 314; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, v. 1, p. 127; VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile,* cit., p. 165; COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Conrado, TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile.* 2 ed. Bologna: Mulino, 1998, p. 244-248.

contra alguém estranho ao contrato, da própria estipulação da causa de pedir é possível aferir a ilegitimidade; o magistrado, neste caso, indeferirá a petição inicial sem exame do mérito.

> Tivemos acesso a um caso interessante. Um sujeito emprestou dinheiro a um gerente de banco, seu amigo, que não cumpriu a dívida. O mutuante demandou em face do Banco, afirmando a condição de inadimplente do gerente e pedindo a condenação do banco ao pagamento da dívida. Note que da simples afirmação feita pelo demandante, tomada como verdadeira, a "legitimidade *ad causam*" não está presente, porque a relação jurídica afirmada envolve o autor e o gerente; o banco é, em relação a ela, um estranho.

Essa concepção vem ganhando fôlego e adeptos: Alexandre Câmara, Kazuo Watanabe,[20] Flávio Luiz Yarshell,[21] Leonardo Greco,[22] José Carlos Barbosa Moreira,[23] José Roberto dos Santos Bedaque,[24] Sérgio Cruz Arenhart,[25] Leonardo José Carneiro da Cunha,[26] Araken de Assis,[27] Luiz Guilherme Marinoni[28] etc. Cândido Dinamarco, no entanto, fiel defensor da concepção tradicional sobre as condições, reservou um item das suas "*Instituições*" somente para rebater os argumentos que firmam a teoria da asserção (rubricou-o de "repúdio à teoria da asserção").[29]

A posição deste trabalho sobre as condições da ação já foi posta, e é muito clara: prega-se a abolição como categoria jurídica. Na tutela jurisdicional individual, ao menos nos casos de legitimidade de agir ordinária e possibilidade jurídica do pedido, é impossível extremá-las do mérito da causa, fato que por si só justificaria a exclusão

20. *Da cognição no processo civil.* São Paulo: RT, 1987, p. 63-65.
21. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade.* São Paulo: Malheiros Ed., 1993, p. 112-113.
22. *A teoria da ação no processo civil.* São Paulo: Dialética, 2003, p. 23-25; *O processo de execução.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1, p. 320.
23. "Legitimação para agir. Indeferimento de petição inicial". *Temas de Direito Processual Civil – primeira série.* São Paulo: Saraiva, 1977, p. 200.
24. "Pressupostos processuais e condições da ação". *Justitia.* São Paulo: s/ed. 1991, out-dez, n. 53, p. 54.
25. *Perfis da tutela inibitória coletiva.* São Paulo: RT, 2003, p. 233-234. O autor é contrário à categoria *condição da ação*, mas reconhece que o nosso Código optou por ela e, então, a solução seria adotar a teoria da asserção.
26. *Interesse de agir na ação declaratória.* Curitiba: Juruá, 2002, p. 88.
27. Adotou a teoria para o exame da legitimidade *ad causam*, "Substituição processual". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2003, n. 09, p. 09-10.
28. *Novas linhas do processo civil.* 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 211.
29. Segundo informa Machado Guimarães, o próprio Liebman chegou a afirmar, em conferência proferida em 1949, que "todo problema, quer de interesse processual, quer de legitimação *ad causam*, deve ser proposto e resolvido admitindo-se, provisoriamente e em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras; só nesta base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimação ou do interesse. Quer isto dizer que, se da contestação do réu surge a dúvida sobre a veracidade das afirmações feitas pelo autor e é necessário fazer-se uma instrução, já não há mais um problema de legitimação ou de interesse, já é um problema de mérito". ("Carência de ação". *Estudos de direito processual civil.* Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969, p. 102-103).

dessa categoria da dogmática jurídica e, conseqüentemente, do texto legal. A falta de uma dessas condições, reconhecida liminarmente ou após instrução, deveria dar ensejo, sempre, a uma decisão de mérito. A falta de condição da ação, nesses casos, mesmo que constatada com mais facilidade, a partir da "asserção", é caso de *improcedência manifesta.* A improcedência é tão clara, que dispensa, inclusive, a produção de provas para a sua demonstração. A cognição é, aqui, exauriente. A decisão tem de ser mérito e definitiva. Por isso não se adota a teoria da asserção, embora se reconheça que ela é muito melhor do que a teoria de Liebman, pois minimiza os seus problemas.

4.3. A possibilidade jurídica do pedido

Tida por Moniz de Aragão como "um dos aspectos menos versados da teoria da ação"[30] e por Calmon de Passos como "uma invenção nacional",[31] a possibilidade jurídica do pedido é, sem sombra de dúvida, a mais polêmica das condições da ação.

Em substituição à categoria denominada por Chiovenda de "existência do direito" (que era fiel à teoria concreta do direito de ação), também considerada como condição da ação, criou Enrico Tullio Liebman a possibilidade jurídica do pedido, com a manifesta preocupação de extremá-la do mérito – talvez por isso se tenha utilizado da palavra "possibilidade", que denota aquilo que pode ser, e não aquilo que necessariamente é/será. Como informa dileto discípulo do mestre italiano, Cândido Dinamarco, tendo sido permitido o divórcio na Itália, em 1970, Liebman, a partir da 3ª edição do seu *Manuale*, retirou a possibilidade jurídica do rol das condições da ação – pois esse, o divórcio, era o principal exemplo de impossibilidade jurídica do pedido –, passando a integrar o conceito de interesse de agir.[32]

Prescreve o art. 3º do CPC (Livro I, Título I, Capítulo II, Da Ação): "Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade". Em contraponto, o mesmo Código, em seu art. 267, VI, afirma que o processo será extinto sem julgamento do mérito quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica,[33] a legitimidade das partes e o interesse processual. Em artigo posterior, quando trata da

30. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. II, p. 393.
31. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data – Constituição e Processo.* São Paulo: Forense, 1991.
32. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil.* 2ª edição. trad. Cândido Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. I, p. 160-161.
33. Perceba-se que o CPC a tratou, a possibilidade jurídica do pedido, por uma espécie de apelido, porquanto se esqueceu de complementar a locução com o "do pedido". Muito embora a expressão "possibilidade jurídica" não soe muito bem, em razão da ínsita transitividade que encerra, a doutrina, de forma unânime, não atentou para a omissão. Obviamente, não há prejuízo, porquanto todos sabemos o que o legislador, fiel a suas convicções, queria dizer. É de lastimar-se, entretanto, o fato de ter o nosso Código de Ritos estatuído uma condição da ação (positivando um, e apenas um, pensamento doutrinário), sem ao menos o fazer da forma completa, criando um instituto verdadeiramente *sui generis*.

inépcia da petição inicial, afirma-a inepta quando seu pedido for juridicamente impossível ou quando da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão (art. 295, par. ún., II e III, CPC).

A possibilidade jurídica do pedido não é simplesmente a "previsão, ***in abstracto***, no ordenamento jurídico, da pretensão formulada pela parte", pois, como bem explica Moniz de Aragão: "A possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável".[34] Eduardo Oliveira complementa o pensamento do professor paranaense, para abarcar, também, as hipóteses em que o ordenamento não permita o pedido expressamente, como nos casos de permissões ***numerus clausus***, quando haveria tanta proibição quanto o veto explícito.[35]

Cândido Dinamarco adota construção teórica que tenta mais bem aplicar a possibilidade jurídica do pedido. Demonstra que a impossibilidade jurídica deve estender-se para os casos em que, embora previsto o pedido no direito positivo, haja uma ilicitude na causa de pedir ou nas próprias partes.

> Explica Dinamarco: "O *petitum* é juridicamente impossível quando se choca com preceitos de direito material, de modo que jamais poderá ser atendido, independentemente dos fatos e das circunstâncias do caso concreto (pedir o desligamento de um Estado da Federação). A *causa petendi* gera a impossibilidade da demanda quando a ordem jurídica nega que os fatos como alegados pelo autor possam gerar direitos (pedir condenação com fundamento em dívida de jogo). As partes podem ser causa de impossibilidade jurídica, como no caso da Administração pública, em relação à qual a Constituição e a lei negam a possibilidade de execução mediante penhora e expropriação pelo juiz. (...) Daí a insuficiência da locução impossibilidade jurídica do pedido, que se fixa exclusivamente na exclusão da tutela jurisdicional em virtude da peculiaridade de um dos elementos da demanda – o *petitum* – sem considerar os outros dois (partes e causa de pedir)".[36]

4.4. A legitimidade para agir em juízo

4.4.1. Noção

A todos é garantido o direito constitucional de provocar a atividade jurisdicional. Mas ninguém está autorizado a levar a juízo, de modo eficaz, toda e qualquer pretensão, relacionada a qualquer objeto litigioso. Impõe-se a existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que esta será discutida. Surge, então, a noção de legitimidade *ad causam*.

34. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 394.
35. *Condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido*, p. 41.
36. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Mallheiros Ed., 2001, v. II, p. 298-299.

A legitimidade para agir (*ad causam petendi* ou *ad agendum*) é condição da ação que se precisa investigar no elemento subjetivo da demanda: os sujeitos. Não basta que se preencham os "pressupostos processuais" subjetivos para que a parte possa atuar regularmente em juízo. É necessário, ainda, que os sujeitos da demanda estejam em determinada situação jurídica que lhes autorize a conduzir o processo em que se discuta aquela relação jurídica de direito material deduzida em juízo. É a "pertinência subjetiva da ação", segundo célebre definição doutrinária.[37]

A esse poder, conferido pela lei, dá-se o nome de legitimidade *ad causam* ou capacidade de conduzir o processo. Parte legítima é aquela que se encontra em posição processual (autor ou réu) coincidente com a situação legitimadora, "decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso".[38] Para exemplificar: se alguém pretende obter uma indenização de outrem, é necessário que o autor seja aquele que está na posição jurídica de vantagem e o réu seja o responsável, ao menos em tese, pelo dever de indenizar.

Essa noção revela os principais aspectos da legitimidade *ad causam*: a) trata-se de uma situação jurídica regulada pela lei ("situação legitimante"; "esquemas abstratos"; "modelo ideal", nas expressões normalmente usadas pela doutrina); b) é qualidade jurídica que se refere a ambas as partes do processo (autor e réu);[39] c) afere-se diante do objeto litigioso, a relação jurídica substancial deduzida[40] – "toda legitimidade baseia-se em regras de direito material",[41] embora se examine à luz da situação afirmada no instrumento da demanda.[42]

Há legitimação extraordinária *autônoma* quando o legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular

37. BUZAID, Alfredo. *Agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 89.
38. ASSIS, Araken de. "Substituição processual". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2003, n. 09, p. 9. Em sentido bastante semelhante, José Carlos Barbosa Moreira, que reputa a legitimação como a "coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimante prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende assumir". ("Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária". *Revista dos Tribunais.* São Paulo: RT, 1969, n. 404, p. 09-10.)
39. A parte ilegítima é tão parte quanto a legítima. A legitimidade é qualidade jurídica que não constitui a figura de parte, "mas a unge de juridicidade processual, tornando-a parte legítima para a decisão final". (ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro,* p. 85) Tanto é assim que o réu, que é parte, tem legitimidade para alegar a sua própria ilegitimidade.
40. Leo Rosenberg chega a dizer que a legitimidade *ad causam* não é outra coisa senão o aspecto subjetivo da relação jurídica controvertida, por isso prefere a locução "direito de conduzir o processo". (*Tratado de derecho procesal civil.* Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955, t. I, p. 255.)
41. ASSIS, Araken de. "Substituição processual". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2003, n. 09, p. 10.
42. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro,* p. 94-100; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Pressupostos processuais e condições da ação". *Justitia.* São Paulo: s/ed. 1991, out-dez, n. 53, p. 57-59.

do direito litigioso. "O contraditório tem-se como regularmente instaurado com a só presença, no processo, do legitimado extraordinário".[43] Divide-se em exclusiva e concorrente.

Há legitimação extraordinária *subordinada* quando a presença do titular da relação jurídica controvertida é essencial para a regularidade do contraditório. Reserva-se ao legitimado extraordinário a possibilidade de coadjuvar o legitimado ordinário, assumindo "posições processuais acessórias". Trata-se de legitimação extraordinária que autoriza ao terceiro, estranho ao objeto litigioso, a participação no processo como assistente do legitimado ordinário.[44] Normalmente, a legitimação subordinada é atribuída a titular de relação jurídica distinta da que se discute, mas que mantenha nexo de interdependência com esta. É o caso do assistente simples.[45] Em outras situações, a legitimidade subordinada é atribuída ao próprio titular do direito litigioso, como acontece nas hipóteses de legitimação extraordinária exclusiva; a distinção entre as situações é que, neste último caso, o titular do direito litigioso poderá intervir como assistente litisconsorcial[46] – é hipótese de legitimação ordinária subordinada".

A legitimidade *ad causam* é bilateral, pois o autor está legitimado para propor ação em face daquele réu, e não em face de outro. "Pode-se dizer, no que tange à legitimidade do réu, que não constitui ela normalmente uma legitimidade autônoma e desvinculada daquela do autor. Ambos são legitimados quando inseridos na mesma relação jurídico-processual emergente da pretensão.

4.4.2. Classificação

A principal classificação da legitimação *ad causam* é a que a divide em *legitimação ordinária* e *legitimação extraordinária*. Trata-se de classificação que se baseia na relação entre o legitimado e o objeto litigioso do processo.

Há legitimação ordinária quando houver correspondência entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado. "Coincidem as figuras das partes com os pólos da relação jurídica, material ou processual, real ou apenas afirmada, retratada no pedido inicial".[47] Legitimado ordinário é aquele que defende em juízo interesse próprio. "A regra geral da legitimidade somente poderia residir na correspondência dos figurantes do processo com os sujeitos da lide".[48]

43. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária,* p. 10.
44. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária,* p. 10-12. Também assim, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil,* v. 2, p. 311.
45. Não considera o assistente simples um substituto processual, MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. *Assistência simples no direito processual civil.* São Paulo: RT, 1983, p. 100.
46. Também assim, ASSIS, Araken de. *"Substituição processual"*, cit., p. 13; DIDIER Jr., Fredie. *Recurso de terceiro.* São Paulo: RT, 2002, p. 105.
47. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro,* p. 117
48. ASSIS, Araken de. "Substituição processual", p. 12.

Há legitimação extraordinária (legitimação anômala ou substituição processual) quando não houver correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado. Legitimado extraordinário é aquele que defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito. É possível que, nestes casos, o objeto litigioso *também* lhe diga respeito, quando então o legitimado reunirá as situações jurídicas de legitimado ordinário (defende direito *também* seu) e extraordinário (defende direito *também* de outro);[49] é o que acontece, p. ex., com os condôminos, na ação reivindicatória do bem, art. 1.314 do CC-2002. Enfim, na legitimação extraordinária confere-se a alguém o poder de conduzir processo que versa sobre direito do qual não é titular ou do qual não é titular exclusivo.

A legitimação pode ser classificada em *exclusiva* e *concorrente*.

Há legitimação *exclusiva* quando o contraditório somente puder ser considerado regular e eficazmente formado com a presença de um determinado sujeito de direito – atribui-se o poder jurídico a apenas um sujeito.

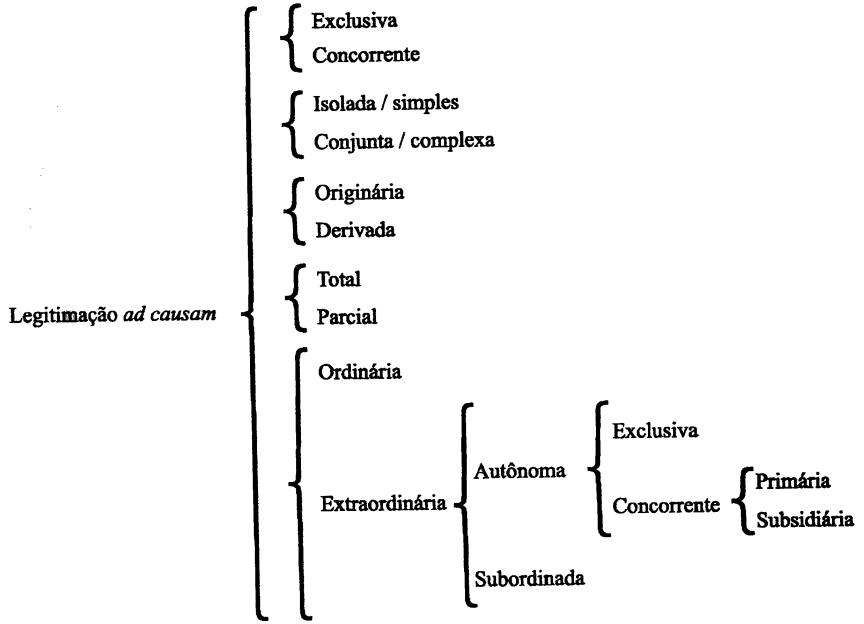
Há legitimação *concorrente* ou *co-legitimação* quando mais de um sujeito de direito estiver autorizado a discutir em juízo determinada situação jurídica. Há estreita relação entre o litisconsórcio unitário e a co-legitimação. Para que duas ou mais pessoas estejam em juízo, no mesmo pólo do processo, discutindo a mesma relação jurídica material (litisconsórcio unitário), é preciso que ambas tenham legitimidade, ou seja, é preciso que sejam co-legitimadas.

A legitimação pode também ser classificada em *isolada* ou *simples*, quando o legitimado puder estar no processo sozinho, e legitimação *conjunta* ou *complexa*, quando houver necessidade de formação do litisconsórcio.[50] A legitimação *conjunta* somente pode operar-se no pólo passivo, pois não existe o litisconsórcio necessário ativo, como será examinado adiante, no capítulo sobre o litisconsórcio.

É possível, também, dividir a legitimidade em *total*, quando existir para todo o processo, e *parcial*, quando se relacionar a algum incidente, a *"ciertos trámites y fines determinados que no se relacionan con la decisión sobre la litis"*,[51] como ocorre, por exemplo, com a legitimação passiva do juiz/perito/promotor para a exceção de suspeição/impedimento.

49. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 119-120.
50. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 312. "...a legitimidade ordinária de cada co-legitimado está chumbada à dos demais, de modo a só se completar com o concurso de todos os legitimados...". Também assim, ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 119; GRANDA, Piedad González. *El litisconsórcio necesario en el proceso civil*. Granada: Editorial Comares, 1996, p. 92-93.
51. ECHANDÍA, Devis. *Teoría general del proceso*. 3 ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, s/a, p. 262.

Finalmente, a legitimidade pode ser dividida em *originária*, verificada à luz da demanda inicial, e *derivada*, que é "decorrente daquela e resultante de situações de sucessão na titularidade do direito alegado no pedido e na qualidade de parte processual".[52]



4.4.3. Substituição processual ou legitimação extraordinária

Parte da doutrina nacional tem por sinônimas as designações "substituição processual" e "legitimação extraordinária". Há, no entanto, quem defenda acepção mais restrita à "substituição processual". Segundo esta corrente, a substituição processual seria apenas uma espécie do gênero "legitimidade extraordinária" e existiria quando ocorresse uma efetiva substituição do legitimado ordinário pelo legitimado extraordinário, nos casos de legitimação extraordinária autônoma e exclusiva ou nas hipóteses de legitimação autônoma concorrente, em que o legitimado extraordinário age em razão da omissão do legitimado ordinário, que não participou do processo como litisconsorte. Não se admitiria a coexistência de substituição processual e litisconsórcio.[53] Anotado o apuro técnico, não vemos maiores inconvenientes em que se adotem ambas as expressões como sinônimas.

52. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 120.
53. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 132-133.

Convém, ainda, sintetizar as principais características da legitimação extraordinária.

São elas.

a) A legitimação extraordinária deve ser encarada como algo excepcional e somente pode ser autorizada por lei (art. 6º do CPC-73),[54] não se admitindo a substituição processual convencional. Nada impede, porém, a cessão do direito, transformando o cessionário em legitimado ordinário. Conforme lição de Arruda Alvim[55] e Barbosa Moreira,[56] é possível atribuição de legitimação extraordinária sem previsão expressa na lei, desde que se consiga identificá-la no ordenamento jurídico, visto como sistema.[57]

b) O legitimado extraordinário atua no processo na qualidade de parte, e não de representante, ficando submetido, em razão disso, ao regime jurídico deste sujeito processual. Atua em nome próprio, defendendo direito alheio. Há incoincidência, portanto, entre as partes da demanda e as partes do litígio. Em razão disso, é em relação ao substituto que se examina o preenchimento dos pressupostos processuais subjetivos.[58] A imparcialidade do magistrado, porém, pode ser averiguada em relação a ambos, substituto ou substituído.[59]

c) A substituição processual pode ocorrer tanto no pólo passivo[60] quanto no pólo ativo da demanda, muito embora as preocupações da doutrina se tenham concentrado na legitimação extraordinária ativa.

A legitimação extraordinária passiva é assunto de muita importância prática; por exemplo: *i)* no exame da admissibilidade da reconvenção proposta por réu em demanda ajuizada por substituto processual: será admissível a reconvenção se o substituto-autor também tiver legitimidade extraordinária passiva; *ii)* na solução do intrincado problema da legitimidade do substituto processual passivo para alegar as exceções substanciais;[61]

54. Art. 6º, CPC: "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei".
55. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975, v. 1, p. 426.
56. "Notas sobre o problema da efetividade do processo". *Temas de Direito Processual Civil – terceira série.* São Paulo: Saraiva, 1984, p. 33, nota 7.
57. Confira-se, por exemplo, a situação das administradoras de consórcio, que são substitutas processuais dos grupos de consorciados, tanto no pólo ativo quanto no pólo passivo da demanda, na forma do art. 33 da Lei Federal n. 8.177/91, c/c o art. 1º, §4º, da Circular do Banco Central n. 2.766/97. É por isso que o consorciado, que desiste do consórcio e pretende a restituição dos valores já pagos, demanda contra a administradora e não contra os demais consorciados.
58. CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição processual.* São Paulo: RT, 1985, p. 74. Também assim, ASSIS, Araken de. "Substituição processual", cit., p. 21.
59. CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição processual*, p. 75. No mesmo sentido, ASSIS, Araken de. "Substituição processual", cit., p. 21; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. "Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro". *Revista dos Tribunais.* São Paulo: RT, 1972, n. 438, p. 30.
60. FORNACIARI JR., Clito. *Da reconvenção no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 91.
61. Examina os dois lados da questão ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro,* cit., p. 135; ASSIS, Araken de. "Substituição processual", cit., p. 21.

iii) no aprimoramento do interessantíssimo tema das "ações coletivas passivas" (*defendant class action*), que são aquelas em que o titular da situação jurídica material coletiva encontra-se no pólo passivo da relação processual (ver o item sobre legitimação coletiva); *iv)* na aplicação do novo instituto consagrado no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do CC-2002, indevidamente chamado de "desapropriação judicial"; *v)* na solução do litisconsórcio multitudinário passivo que só ocorrer em demandas possessórias.

d) Salvo disposição legal em sentido contrário (ver, p. ex., art. 274 do CC-2002,[62] e art. 103 do CDC), a coisa julgada porventura surgida em processo conduzido por legitimado extraordinário estenderá os seus efeitos ao substituído.[63] Trata-se da principal utilidade da substituição processual. É, portanto, situação que relativiza o art. 472 do CPC-73.[64] Aliás, ressalvadas as situações em que o legitimado extraordinário também possui legitimação ordinária, os efeitos da decisão judicial repercutirão diretamente apenas no patrimônio do substituído, embora o substituto fique submetido ao que foi decidido. Ao substituto, no entanto, não escaparão as conseqüências do princípio da sucumbência, ficando, assim, responsável por custas e honorários advocatícios.[65]

e) O substituto processual também pode ser sujeito passivo de sanções processuais, como a punição pela litigância de má-fé,[66] e de medidas coercitivas, como a multa diária (art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC).

f) Quanto aos poderes processuais, o substituto processual tem, ordinariamente, apenas aqueles relacionados à gestão do processo, não lhe sendo autorizados poderes de disposição do direito material discutido. "Parece correto atribuir ao substituto a alegação de todas as exceções e defesas intrínsecas ao alcance da substituição".[67] A lei, contudo, poderá aumentar ou diminuir o rol destes poderes.

g) A inexistência de legitimação extraordinária não leva à resolução do mérito da causa, conforme apontado acima. Trata-se de análise puramente do direito de condução do processo, sem que haja investigação dos fundamentos da demanda.[68] Há rejeição da demanda por inadmissibilidade, na forma do art. 267, VI, do CPC-73.

62. Art. 274. "O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve".
63. "O que caracteriza a legitimidade extraordinária, não só no processo, como, também, nos demais campos do direito, é a possibilidade de atos do assim legitimado influírem na esfera patrimonial alheia". (ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro,* p. 128).
64. Para Leonardo Greco, a coisa julgada, oriunda de processo conduzido por substituto processual, somente se estende ao substituído *secundum eventum litis* e *in utilibus* (*Teoria da ação no processo civil.* São Paulo: Dialética, 2003, p. 41).
65. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro,* p. 134; ASSIS, Araken de. *"Substituição processual"*, p. 22. Ver, porém, art. 18 da Lei Federal n. 7.347/85: "Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado".
66. ASSIS, Araken de. *"Substituição processual"*, p. 22.
67. ASSIS, Araken de. *"Substituição processual"*, p. 21.
68. "Ninguém se atreverá a reputar respeitante ao mérito eventual juízo quanto à inexistência, em determinado caso concreto, do título legal para alguém pleitear em juízo direito alheio". (ASSIS, Araken de. *"Substituição processual"*, p. 10).

4.4.4. Substituição processual e sucessão processual

Não se pode confundir a *substituição processual* com a *sucessão processual.* Há *sucessão processual* quando um sujeito sucede outro no processo, assumindo a sua posição processual. Há uma troca de sujeitos no processo, uma mudança subjetiva da relação jurídica processual. Na *substituição processual*, não há troca de sujeitos; na verdade, não há qualquer alteração da relação processual. Ocorre que um sujeito tem o poder (legitimidade) de estar legitimamente em um processo defendendo interesse de outrem.

A *sucessão processual* pode dar-se em razão da morte (art. 43, CPC), assumindo a posição processual o espólio ou os herdeiros do *de cujus.* Também há *sucessão processual* quando ocorre *incorporação* de uma pessoa jurídica por outra, assumindo aquela que incorporou, ou *fusão* de pessoas jurídicas, gerando uma nova pessoa jurídica que assumirá a posição processual daquela que se extinguiu.

A *sucessão processual* também pode ocorrer *voluntariamente*, nos casos de *nomeação à autoria* (arts. 62-63 do CPC), quando o nomeado assume o lugar do nomeante (sobre o tema, ver o capítulo sobre as intervenções de terceiro), ou de *alienação da coisa litigiosa* (art. 42 do CPC), no qual o adquirente/cessionário pode *suceder* o alienante/cedente acaso consinta a parte adversária.

4.4.5. Substituição processual e representação processual

Não se pode confundir, ainda, a *substituição processual* com a *representação processual.* Há *representação processual* quando um sujeito está em juízo em nome alheio defendendo interesse alheio. O *representante processual* não é parte; parte é o representado. Note que o *substituto processual* é parte; o *substituído* não é parte processual, embora os seus interesses jurídicos estejam sendo discutidos em juízo. O substituto processual age em *nome próprio* defendendo *interesse alheio.* O *representante processual* atua em juízo para suprir a incapacidade processual da parte.

Em uma ação de alimentos proposta por um filho incapaz, o pai ou mãe pode ser o seu *representante processual.* A parte é o incapaz; o pai ou a mãe pode ser apenas o seu representante, e não o seu substituto processual.

4.4.6. A legitimação na tutela coletiva

Convém, finalmente, tecer algumas breves considerações sobre a legitimação para as demandas coletivas. A questão é complexa e bastante controvertida. O certo é que a legitimação coletiva possui as seguintes características: a) está regulada, inicialmente, por lei (art. 5º da Lei Federal n. 7.347/85; art. 82 do CDC etc.); b) é conferida a entes públicos, a entes privados, a entes despersonalizados e, até, ao cidadão, na ação popular; c) o legitimado coletivo atua em nome próprio na defesa de direitos que pertencem a um agrupamento humano (comunidade, coletividade ou grupo de pessoas, na forma do art. 81 do CDC); d) esse agrupamento humano não tem personalidade judiciária, portanto não pode

atuar em juízo para proteger os seus direitos, cuja defesa cabe aos legitimados coletivos, que possuem legitimação autônoma e exclusiva, embora disjuntiva (há co-legitimação).

> Os direitos transindividuais não possuem titular determinado, antes pertencem a uma comunidade ou coletividade (a calhar, o enunciado do parágrafo único do art. 1º da LF 8.884/1994, que regula a proteção ao abuso de concorrência: "A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.").[69]

Eis as principais questões que precisam ser abordadas neste momento: a) qual a natureza jurídica desta legitimação?; b) se é possível o controle judicial, *in concreto*, desta legitimação; c) a legitimação coletiva passiva.

Há três visões doutrinárias que tentam explicar a legitimação coletiva:[70] a) legitimação extraordinária;[71] b) legitimação ordinária; c) legitimação autônoma para a condução do processo, criada a partir da doutrina alemã do "direito de conduzir o processo".[72]

Entendemos ser caso de legitimação extraordinária. Adota-se o entendimento de que há legitimação extraordinária toda vez que exista uma incoincidência entre o legitimado a demandar e o sujeito da relação jurídica material deduzida em juízo, fenômeno que ocorre na tutela coletiva, com a particularidade de o "titular do direito" (o agrupamento humano) não estar autorizado a atuar em juízo na defesa de tais direitos. A situação, porém, não é exatamente igual à generalidade dos casos de legitimação extraordinária, porque o regime da coisa julgada coletiva é bastante diferente, construído de modo a prejudicar o mínimo possível o "titular do direito" (art. 103 do CDC).

O segundo ponto polêmico diz respeito à possibilidade de controle judicial da legitimação coletiva.

Há quem afirme que, no Brasil, para a averiguação da legitimação coletiva, é suficiente o exame do texto de lei. Não poderia o magistrado, por exemplo, afirmar que um ente legalmente legitimado não tem, em determinado caso, o direito de conduzir o processo.

---

69. A propósito, GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 22-23. Também relevante a redação do inciso I do art. 1º do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América: "interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base".
70. Conferir o painel montado por ZANETI Jr., Hermes. *Mandado de segurança coletivo. Aspectos processuais controversos.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001, p. 100 a 113.
71. Por exemplo, DINAMARCO, Pedro. *Ação civil pública,* p. 203-206.
72. "A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito", arrematando com o entendimento de que "a legitimidade para a defesa de direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozeßfuhrungsbefugnis*): a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo". (NERY JR., Nelson, e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1.885). Em sentido bastante semelhante, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente,* p. 58-59.

Para esta doutrina, a adequação do representante ao objeto litigioso (ou sua pertinência temática, na linguagem adotada pelo STF) não é requisito exigido para a sua legítima atuação em defesa dos interesses difusos e coletivos, pois o legislador teria disposto um rol taxativo de legitimados, estabelecendo uma presunção absoluta de que são "representantes adequados", não cabendo ao magistrado essa avaliação. A verificação da *adequacy of representation* seria tarefa do legislador. A legitimação coletiva seria, pois, *ope legis*.

Há outros, porém, que, com base na experiência americana (art. 23 das *Federal Rules*), admitem o controle judicial da "representatividade adequada".[73] Para esses autores, não basta a previsão legal da legitimação; é necessário que exista um tal vínculo entre o legitimado e o objeto do processo, que o habilite, em determinado caso, para a condução do processo. A jurisprudência do STF deu a este vínculo o nome de "pertinência temática".[74] A análise da legitimação coletiva (e, portanto, do *representante adequado*) dar-se-ia em duas fases – sendo que a primeira é preliminar à segunda: a) *legislativa (ope legis)*: verifica-se se há autorização legal para que determinado ente possa conduzir o processo coletivo; *b) Judicial (ope iudicis),* em que o controle se opera *in concreto*, à luz da relação que existe entre aquele que está legalmente legitimado e aquela determinada situação jurídica de direito substancial por ele deduzida em juízo. Surge, então, a figura da pertinência temática, que decorreria da cláusula do devido processo legal, aplicada à tutela jurisdicional coletiva.[75] É a corrente que seguimos.

De acordo com o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-America, os critérios para a aferição judicial da representação adequada são: a) a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c) sua conduta em outros processos coletivos; d) sua capacidade financeira para a condução do processo coletivo; e) a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; f) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe (art. 2º, §2º).

Finalmente, a questão da ação coletiva passiva (anunciada no item sobre legitimação extraordinária e agora esmiuçada). Há intensa polêmica doutrinária a respeito do tema. A maior parte da doutrina brasileira afirma que o art. 82 do CDC, uma das principais fontes normativas da legitimação coletiva, apenas autoriza a legitimação ativa dos entes ali mencionados, que não poderiam figurar como réus em ação coletiva.[76] Destaca-se o

73. Por exemplo, GRINOVER, Ada Pellegrini. "Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada". Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2002, n. 361, p. 6.
74. STF, ADI 2482/MG, Pleno, relator Min. MOREIRA ALVES, j. 02.10.2002, DJ de 25.04.2003, p. 32.).
75. A possibilidade de o juiz dispensar o prazo mínimo de um ano de constituição, para que a associação proponha a ação coletiva, verificados certos requisitos, já é um sinal ostensivo de interferência judicial no controle da legitimação coletiva (art. 82, § 1º, do CDC).
76. Não obstante admita algumas mitigações à regra de que a coletividade não pode ser sujeito passivo de relação processual, MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 273-276; ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Código de Defesa do Consumidor Comentado.* 2 ed. São Paulo: RT, 1995, p. 345-347; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente.* São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 61; GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência nas ações*

pensamento de Ada Pellegrini Grinover e Pedro Lenza, que, por entenderem admissível o controle *in concreto* da legitimidade coletiva pelo magistrado, admitem a ação coletiva passiva no Brasil.[77-78]

Essa é a linha que seguimos: a ação coletiva passiva é permitida no Brasil. Eis os principais argumentos, os três primeiros retirados do trabalho de Ada Pellegrini Grinover: a) art. 5º, §2º, da Lei Federal n. 7.347/85 permite o ingresso do Poder Público e das associações como litisconsortes de qualquer das partes, inclusive a passiva; b) a não-observância da convenção coletiva de consumo (art. 107 do CDC) implicará uma lide coletiva que pode gerar uma demanda judicial em que as entidades de proteção ao consumidor estejam no pólo passivo; c) o art. 83 do CDC determina que para a defesa dos direitos coletivos (*lato sensu*) são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; d) acaso não se admita a ação coletiva passiva, não poderíamos explicar a ação rescisória de sentença proposta pelo réu da ação coletiva originária, o mandado de segurança contra ato judicial impetrado pelo réu da ação coletiva e os embargos à execução coletiva, todas demandas coletivas passivas, já que o legitimado extraordinário coletivo estaria no pólo passivo da causa. Sobre o processo coletivo passivo, ver o capítulo respectivo no v. 4 deste *Curso*.

4.5. O interesse de agir[79]

4.5.1. Generalidades

Alguns doutrinadores consideram o interesse de agir a única condição da ação, rigorosamente considerada. É que, tanto a legitimidade *ad causam*[80] quanto à possibilidade jurídica do pedido,[81] seriam nuances/aspectos do exame do interesse agir.[82] Não achamos conveniente essa postura.

coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 51-52; embora reconheça a utilidade do instituto, diante da ausência regramento expresso DINAMARCO, Pedro. *Ação civil pública,* p. 269.
77. LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública.* São Paulo: RT, 2003, p. 200; GRINOVER, Ada Pellegrini. "Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada". Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2002, n. 361, p. 7-9, com excelentes argumentos.
78. Há regra expressa do direito americano – *Rule 23*, das *Federal Rules of civil procedure*: "(a) Pressupostos da *classe action*. Um ou mais membros de uma classe podem demandar, ou serem demandados, como representantes, no interesse de todos, se (1) a categoria for tão numerosa que a reunião de todos os membros se torne impraticável; (2) houver questões de direito e de fato comuns ao grupo; (3) os pedidos ou defesas dos litigantes forem idênticos aos pedidos ou defesas da própria classe; e, (4) os litigantes atuarem e protegerem adequadamente os interesses da classe". (tradução de Pedro Dinamarco, *Ação civil pública.* São Paulo: Saraiva, 2001, p. 327.)
79. O interesse processual engloba o interesse de agir, pois também se refere ao interesse de recorrer, ao interesse de produzir prova etc. (ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro,* cit., p. 57).
80. "Bem pensado, portanto, a legitimidade é apenas um dos requisitos sem os quais não há interesse de agir". (DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. II, p. 305.)
81. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. I, p. 155.
82. Esse posicionamento explica, p. ex., a colocação da "pertinência temática", exigida para a configuração da legitimação extraordinária coletiva, como requisito de exame do interesse de agir.

A necessidade da tutela jurisdicional, que conota o interesse, deflui da exposição fática consubstanciada na causa de pedir remota;[83] a utilidade do provimento jurisdicional também deve ser examinada à luz da situação substancial trazida pelo autor da demanda.[84] As três condições da ação, se bem examinadas, referem-se a cada um dos três elementos da ação (demanda): legitimidade *ad causam*/partes; possibilidade jurídica do pedido/pedido; interesse de agir/causa de pedir.

A constatação do interesse de agir faz-se, sempre, *in concreto*, à luz da situação narrada no instrumento da demanda. Não há como indagar, em tese, em abstrato, se há ou não interesse de agir, pois ele sempre estará relacionado a uma determinada demanda judicial.

O conceito de interesse de agir é lógico-jurídico, e não jurídico-positivo, "exatamente porque não decorre de um específico ordenamento jurídico, não variando de acordo com as definições empregadas por cada sistema normativo, sendo, ao contrário, uniforme e constante em todos os ordenamentos. Se sua inobservância acarretará a extinção do processo sem ou com julgamento de mérito, é problema que, realmente, será disciplinado por cada ordenamento jurídico. Só que tal problema se insere no âmbito dos efeitos, das conseqüências, dos consectários da ausência do interesse de agir, não dizendo respeito ao seu conceito".[85] Trata-se de conceito formulado pela ciência jurídica.[86]

O exame do interesse de agir (interesse processual) passa pela verificação de duas circunstâncias: a) utilidade e b) necessidade do pronunciamento judicial. Há quem acrescente, ainda, a "adequação do remédio judicial ou procedimento" como elemento necessário à configuração do interesse de agir, posição com a qual não concordamos, pois procedimento é dado estranho no estudo do direito de ação e, ademais, eventual equívoco na escolha do procedimento é sempre sanável (art. 250 e 295, V, do CPC-73).[87]

Cabe distinguir, antes de examinar os aspectos do interesse de agir, interesse substancial de interesse processual. O interesse processual "se distingue do interesse substancial, para cuja proteção se intenta a ação, da mesma maneira como se distinguem os dois direitos correspondentes: o substancial que se afirma pertencer ao autor e o processual que se exerce para a tutela do primeiro. Interesse de agir é, por isso, um interesse processual, secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário; tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente".[88] "Constitui objeto do interesse de agir a tutela jurisdicional e não o bem da vida a que ela se refere".

83. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no direito processual civil brasileiro, cit.*, p. 173.
84. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. I, p. 155.
85. CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Interesse de agir na ação declaratória.* Curitiba: Juruá, 2002, p. 80-81.
86. CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Interesse de agir na ação declaratória*, cit., p. 81.
87. Adota a concepção tripartite do interesse de agir, da qual é corifeu, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. I, p. 302-303.
88. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. I, p. 154-155.

4.5.2. O interesse-utilidade

Há utilidade da jurisdição toda vez que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido. A providência jurisdicional reputa-se útil na medida em que, "por sua natureza, verdadeiramente se revele – sempre em tese – apta a tutelar, de maneira tão completa quanto possível, a situação jurídica do requerente".[89] Explica Cândido Dinamarco: "Sem antever no provimento pretendido a capacidade de oferecer essa espécie de vantagem a quem o postula, nega-se a ordem jurídica a emiti-lo e, mais que isso, nega-se a desenvolver aquelas atividades ordinariamente predispostas à sua emissão (processo, procedimento, atividade jurisdicional)".[90]

É por isso que se afirma, com razão, que há falta de interesse processual quando não mais for possível a obtenção daquele resultado almejado – fala-se em "perda do objeto" da causa. É o que acontece, p. ex., quando o cumprimento da obrigação se deu antes da citação do réu – se o adimplemento se deu após a citação, o caso não é de perda do objeto (falta de interesse), mas de reconhecimento da procedência do pedido (art. 269, II, CPC-73).

Também falta utilidade na execução, quando o valor do crédito exeqüendo for absorvido pelas custas do processo de execução, de tão ínfimo (art. 659, § 2º, do CPC).

O legislador brasileiro admite haver interesse-utilidade na pretensão processual à simples declaração (ação meramente declaratória), conforme será visto em seguida.

4.5.3. O interesse-necessidade e as ações necessárias

O exame da "necessidade da jurisdição" fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito. Esse pensamento só é correto, entretanto, para as situações em que se pretende exercitar, pelo processo, direitos a uma prestação (obrigacionais, reais e personalíssimos), pois há a possibilidade de cumprimento espontâneo da prestação. Perceba-se, porém, que a pretensão penal somente pode ser exercitada pelo processo. Se não houver meios para a satisfação voluntária, há necessidade da jurisdição.[91]

Há determinadas demandas, no entanto, que são denominadas de "ações constitutivas necessárias", já que o bem da vida ou o estado jurídico que se pretende obter somente pode ser alcançado por intermédio do Poder Judiciário. Por exemplo: a interdição de uma pessoa somente pode ser decretada pelo Poder Judiciário; a ação de interdição é, por isso, uma ação necessária. É o que acontece, ainda, com boa parte das hipóteses de jurisdição

89. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Ação declaratória e interesse". *Direito processual civil (ensaios e pareceres).* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 17. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. I, p. 155.
90. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil.* 7 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000, p. 402.
91. Identificou o ponto, com precisão, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, p. 397-398.

voluntária,[92] com as ações de anulação de contrato, falência,[93] separação litigiosa, rescisória de sentença etc. Nesses casos, o exame da "necessidade", para a verificação do interesse, é dispensável, pois está *in re ipsa*.[94]

Nas ações "condenatórias" (consideradas como todas aquelas em que se busca a certificação e efetivação de uma determinada prestação), o autor deve afirmar a existência do fato constitutivo do seu direito (causa ativa), bem como o fato violador desse direito – para a configuração do interesse, basta a afirmação da lesão, pois a verificação da sua existência é questão de mérito.[95] Se se tratar de ação preventiva, anterior à violação, é necessário alegar, além do fato constitutivo do direito, a ameaça/risco/perigo de violação a esse direito.

Nas ações constitutivas não necessárias, o autor deve afirmar o direito à modificação jurídica que se pretende efetivar; ou seja, o autor deve afirmar a existência de um direito potestativo e a necessidade de efetivá-lo através da atuação do Poder Judiciário.

4.5.4. O denominado interesse-adequação

A polêmica sobre o interesse-adequação resume-se na pergunta feita por José Orlando Rocha de Carvalho: "adequação é forma ou demonstração de interesse?"[96] Sobre o tema, convém transcrever a clássica observação que Barbosa Moreira fez a Cândido Dinamarco, por ocasião da argüição de sua tese de livre-docência, sobre o equívoco de analisar o interesse processual a partir da adequação:

> "Aberra até do bom-senso afirmar que uma pessoa não tem interesse em determinada providência só porque se utilize da via inadequada. Pode inclusive acontecer que a própria escolha da via inadequada seja uma conseqüência do interesse particularmente intenso; se alguém requer a execução sem título, não será possível enxergar-se aí uma tentativa, ilegítima embora, de satisfazer interesse tão-premente, aos olhos do titular, que lhe pareça incompatível com os incômodos e delongas da prévia cognição? Seria antes o caso de falar em excesso do que em falta de interesse..."[97]

92. "Na jurisdição voluntária, a serem cabíveis as condições da ação, como me parece, o interesse de agir decorreria normalmente da própria lei que subordina a validade ou a eficácia de um ato da vida privada ao conhecimento, à homologação, autorização ou aprovação judicial, impedindo que o requerente alcance o objetivo jurídico almejado sem a concorrência da cognição ou da vontade estatal manifestadas através do órgão jurisdicional". (GRECO, Leonardo. *Teoria da ação no processo civil.* São Paulo: Dialética, 2003, p. 34-35).
93. Corretamente identificando a falência como ação constitutiva necessária, CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Interesse de agir na ação declaratória.* Curitiba: Juruá, 2002, p. 87.
94. "Em casos assim, o processo é o único meio de obter a efetivação das situações ditadas pelo direito material. (...) As pretensões necessariamente sujeitas a exame judicial para que possam ser satisfeitas são aquelas que se referem a direitos e interesses regidos por normas de extrema indisponibilidade (...)" (CINTRA, Antônio Carlos Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo.* 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 31). Ver, também, TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no direito processual civil brasileiro.* 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 174.
95. Também assim, CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Interesse de agir na ação declaratória.* Curitiba: Juruá, 2002, p. 88.
96. CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Ação declaratória, cit.*, p. 61.
97. DINAMARCO, Cândido. *Execução Civil.* 7 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000, p. 405-406, nota 109.

Ademais, adequação "é termo que não guarda qualquer correlação com o vocábulo interesse. (...) Em que sentido a adequação poderia criar interesse para alguém? Poderia existir interesse apenas porque existe adequação? Até que ponto a falta de adequação pode indicar, ou presumir, falta de interesse de agir?"[98]

Fala-se que o autor deve indicar o procedimento e o tipo de provimento adequados.

Em relação à adequação do provimento (do pedido) ao fim almejado, a situação ou é: a) de impossibilidade jurídica do pedido; b) ou o próprio sistema admite a fungibilidade (arts. 805 e 920 do CPC), como de resto deveria ser a regra; c) ou o caso é de erro de nome, corrigível pelo próprio magistrado; d) ou não sendo possível a correção pelo magistrado, deverá ele determinar a alteração do pedido, conforme, aliás, autoriza o art. 264 do CPC.[99-100]

Examinemos, agora, a escolha do procedimento adequado.

O procedimento é a espinha dorsal da relação jurídica processual. O processo, em seu aspecto formal, é procedimento. O exame da adequação do procedimento é um exame da sua validade.[101] Nada diz respeito ao exercício do direito de ação.

Não há erro de escolha do procedimento que não possa ser corrigido, por mais discrepantes que sejam o procedimento indevidamente escolhido e aquele que se reputa correto. Um exemplo talvez sirva para expor o problema: se o caso não é de mandado de segurança, pode o magistrado determinar a emenda da petição inicial, para que o autor providencie a adequação do instrumento da demanda ao procedimento correto. Não existisse o inciso V do art. 295, que expressamente determina uma postura do magistrado no sentido aqui apontado, sobraria a regra da instrumentalidade das formas, prevista nos arts. 244 e 250 do CPC, que impõe o aproveitamento dos atos processuais, quando houver erro de forma.

5. TIPOLOGIA DAS "AÇÕES"

5.1. Classificação segundo a natureza da relação jurídica discutida: real e pessoal

A demanda pode ser classificada de acordo com a natureza da relação jurídica substancial deduzida em juízo. Se relação jurídica real, demanda real; se pessoal, demanda pessoal. A dificuldade do tema está no direito material. A importância da distinção verifica-se no estudo da competência (arts. 94-95 do CPC) e da capacidade processual das pessoas casadas (art. 10 do CPC).

98. CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Ação declaratória, cit.*, p. 62-63.
99. Ver as observações, muito bem postas, de GRECO, Leonardo. *Teoria da ação no processo civil*, p. 37.
100. Embora admita o interesse-adequação, Rodrigo da Cunha Lima Freire tece considerações bastante semelhantes às nossas, quanto à possibilidade de sanação, pelo magistrado, da inadequação do provimento/procedimento (*Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir.* 2 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 144-145).
101. Corretamente, GRECO, Leonardo. *Teoria da ação no processo civil*, cit., p. 36-37.

As ações possessórias nem são reais nem são pessoais; possuem regramento jurídico próprio, bastante semelhante, mas não idêntico, ao das ações reais.

5.2. Classificação segundo o objeto do pedido mediato: mobiliária ou imobiliária

As demandas classificam-se, também, de acordo com o objeto do pedido mediato. São, assim, mobiliárias ou imobiliárias, conforme o objeto seja bem móvel ou imóvel. A classificação é muito útil para resolver problemas de competência e de capacidade processual das pessoas casadas.

Não se pode achar que toda ação imobiliária é real (a ação de despejo é pessoal, pois se funda em direito pessoal, e é imobiliária), nem que toda ação mobiliária é pessoal, pois nada impede que se proponha uma reivindicatória de um carro.

5.3. Classificação segundo o tipo de tutela jurisdicional: conhecimento, cautelar e executiva. Ações sincréticas

As demandas podem ser classificadas de acordo com a função jurisdicional que se busca: conhecimento, execução ou cautelar. Atualmente, essa distinção tem perdido o prestígio, porquanto as demandas têm assumido natureza sincrética: vai-se a juízo em busca de uma providência jurisdicional que implemente mais de uma função, satisfazendo/assegurando, certificando/efetivando, certificando/assegurando/efetivando etc. Não deixa de ter importância a distinção entre as funções, que são diversas; perde-se a importância de distinguir as demandas conforme essas funções.

5.4. Classificação das ações de conhecimento (certificação)[102]

As ações de conhecimento (certificação) podem ser classificadas como: condenatórias, constitutivas, meramente declaratórias, executivas e mandamentais.

5.4.1. Ações de prestação

Há uma clássica divisão dos direitos, muito utilizada pelos processualistas no estudo da tutela jurisdicional. Trata-se da distinção que se faz entre direitos a uma prestação e direitos potestativos. Os direitos potestativos relacionam-se com as ações constitutivas. Os direitos a uma prestação, por suposto, relacionam-se com as ações de prestação: condenatória, mandamentais e executivas em sentido amplo.

102. A designação, como se vê, é antiga: "Quien ejercita uma de éstas [pretensões] se dirige a la parte contraria, haciendo apelación a sua obligada voluntad, y aguarda a que se realice el acto que ha de dar cumplimiento a sua reclamación. Mas, como puede ocurrir que no haya cumplimiento espontáneo, hácese menester completar la reclamación y reforzala por medio de la acción y del procedimiento ejecutivo. Estas acciones por medio de las cuales se hace efectiva una exigencia jurídica, se llaman 'acciones prestatorias', puesto que tienden a que se condene al demandando a una prestación, consistente, según los casos, en acción o en una omisión". (THUR, A. von. *Tratado de las obligaciones*. 1ª ed. (reimp.). W. Roces (trad.). Madrid: Editorial Reus, 1999, t. 1, p. 16).

Direito a uma prestação é o poder jurídico, conferido a alguém, de exigir de outrem o cumprimento de uma prestação – conduta –, que pode ser um fazer, um não-fazer, ou um dar coisa – prestação essa que se divide em dar dinheiro e dar coisa distinta de dinheiro. O direito a uma prestação precisa ser concretizado no mundo físico; a sua efetivação é a realização da prestação devida. Quando o sujeito passivo não cumpre a prestação, fala-se em inadimplemento ou lesão. Como a autotutela é, em regra, proibida, o titular desse direito, embora tenha a pretensão, não tem como, por si, agir para efetivar o seu direito. Tem, assim, de recorrer ao Poder Judiciário, buscando essa efetivação, que, como visto, ocorrerá com a concretização da prestação devida. São direitos a uma prestação. Por exemplo: a) direitos absolutos (reais e personalíssimos), que têm sujeito passivo universal e cujo conteúdo é uma prestação negativa; b) obrigações, que podem ter por conteúdo qualquer prestação.

Os direitos a uma prestação relacionam-se aos prazos prescricionais que, como prevê o art. 189 do CC 2002, começam a correr da lesão/inadimplemento – não cumprimento pelo sujeito passivo do seu dever.

Quando se pensa em tutela executiva, pensa-se na efetivação de direitos a uma prestação; fala-se de um conjunto de meios para efetivar a prestação devida; fala-se em execução de fazer/não-fazer/dar, exatamente os três tipos de prestação existentes. Não é por acaso, nem coincidência, que a tutela executiva pressupõe inadimplemento – fenômeno exclusivo dos direitos a uma prestação. Executar é forçar o cumprimento de uma prestação. Essa relação entre direito material e processo é fundamental para a compreensão do fenômeno executivo.

A tutela jurisdicional executiva pode operar-se de duas formas: a) ou no bojo de uma relação jurídica processual especialmente formada com esse objetivo; b) ou como fase de um processo já instaurado – fase complementar, por certo. Fala-se de dois "módulos processuais executivos".

No primeiro caso, temos o processo de execução, relação jurídica processual com predominante função executiva; no segundo caso, a execução (atividade executiva) realiza-se no mesmo processo em que a certificação judicial ocorreu, sendo desta etapa posterior. É incorreto, portanto, falar que só existe execução no processo de execução.

Tradicionalmente, até mesmo como forma de diminuir os poderes do magistrado, as atividades de certificação e efetivação eram reservadas a "processos autônomos", relações jurídicas processuais que teriam por objetivo, somente, o cumprimento de uma ou de outra das funções jurisdicionais. Nesse contexto, surgiu a noção de sentença condenatória – e, portanto, *ação condenatória* –, que seria aquela sentença que, reconhecendo a existência de um direito a uma prestação e o respectivo dever de pagar, autorizava o credor, agora munido de um título, a, se quiser, promover a execução do obrigado. Havia a necessidade de dois processos para a obtenção da certificação/efetivação do direito.

O tempo foi mostrando o equívoco dessa concepção.

Havia, à época, vários procedimentos que autorizavam ou que inseriam, no bojo do processo de conhecimento, atos executivos, fato que já compromete a pureza da distinção e da divisão que se fazia. Citam-se os exemplos da proteção processual da posse e do mandado de segurança.

A partir da generalização da tutela antecipada, arts. 273 e §3° do art. 461, CPC, agora permitida no procedimento ordinário, o legislador deu um grande salto evolutivo, permitindo, no procedimento padrão, no bojo de um processo de conhecimento, a prática de atos executivos. O dogma da necessidade de um processo autônomo para a execução da decisão judicial mostrava-se obsoleto e injustificável. A doutrina já pugnava, então, pela idéia de que a divisão dos processos deveria dar-se pela predominância da função, não pela exclusividade.

Mas outro passo havia de ser dado.

A mudança na tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não-fazer, iniciada pelo CDC (art. 84) e depois generalizada no art. 461 do CPC, opera profunda alteração no sistema da tutela executiva. É que, agora, as sentenças que reconhecem a existência de tais obrigações não precisam, para serem efetivadas, ser submetidas a um processo autônomo de execução. Possuem essas sentenças aquilo que a doutrina mais antiga chamava de "força executiva própria"; podem ser efetivadas no mesmo processo em que foram proferidas, independentemente de instauração de um novo processo e da provocação do interessado: o magistrado, no corpo da sentença, já determinará quais as providências devem ser tomadas para garantir a efetivação da decisão. São, pois, sentenças oriundas das chamadas *ações sincréticas*, pois além de certificar também servem à efetivação imediata da providência determinada. São as ações *mandamentais* e *executivas em sentido lato.*

Parece-nos, porém, que a distinção perdeu um pouco da sua importância. É que, com a edição da Lei Federal n. 11.232/2005, todas as ações de prestação tornaram-se sincréticas; ou seja, não há mais necessidade de instauração de um processo de execução de sentença, que se efetivará em fase do mesmo processo em que foi proferida. Eliminou-se, então, a última hipótese em que isso, o processo de execução de sentença, ainda era possível: a sentença condenatória ao pagamento de quantia. Sinceramente, pensamos que, por mais incrível que possa parecer, reformado o CPC, toda ação de prestação será chamada de ação condenatória – já é isso o que muitos doutrinadores faziam, por não concordar com a terminologia ação mandamental ou ação executiva *lato sensu*. A história se repete. A distinção entre ação mandamental e ação executiva continuará sendo importante, como forma de distinguir o meio de efetivação da decisão judicial.

> Podemos estabelecer o seguinte painel dos módulos processuais executivos: a) processo de execução: i) fundado em título extrajudicial; ii) fundado em sentença arbitral, estrangeira ou penal condenatória; iii) contra a Fazenda Pública, fundado em título judicial ou extrajudicial; b) fase de execução: fundada em título judicial que imponha o cumprimento de obrigação de fazer, de não-fazer ou de dar (dinheiro ou coisa distinta de dinheiro). Esse sistema pode ser visualizado pela leitura dos artigos 287, 461, 461-A, 475-I a 475-R, 621 e 644, todos do CPC.

Para terminar o item, cumpre distinguir as ações sincréticas, pois até aqui a distinguimos apenas da ação condenatória. Para compreender essa distinção, é fundamental saber uma outra: qual a diferença entre execução direta e execução indireta?

A execução pode ocorrer com ou sem participação do executado.

Chama-se de execução por sub-rogação aquela em que o Poder Judiciário prescinde da colaboração do executado para a efetivação da prestação devida. O magistrado toma as providências que deveriam ter sido tomadas pelo devedor, sub-rogando-se na sua posição. Há substituição da conduta do devedor por outra do Estado-juiz, que gere a efetivação do direito do executado. Alguns autores usam a designação "execução direta" ou "execução por meio de coerção direta" para designar o fenômeno.

Vejamos o que se entende por execução indireta.

Por vezes, notadamente nos casos de obrigações infungíveis, mas não somente neles, a sub-rogação ou se mostra impossível, em razão da infungibilidade, ou se mostra demais onerosa/demorada, como nos casos de prestação de fazer fungível. Nestes casos, o Estado-Juiz pode promover a execução com a "colaboração" do executado, forçando a que ele próprio cumpra a prestação devida. Em vez de o Estado-juiz tomar as providências que deveriam ser tomadas pelo executado, o Estado força, por meio de coerção psicológica, a que o próprio executado cumpra a prestação. Chama-se essa execução de "execução indireta" ou "execução por coerção indireta".

Os meios executivos de coerção indireta atuam na vontade do executado, servindo com uma espécie de contra-motivo, "estímulo" ao cumprimento da prestação. Esta coerção pode se dar por medo (temor), como é o caso da prisão civil e da multa coercitiva, como também pelo incentivo, as chamadas sanções premiais, de que serve de exemplo a isenção de custas e honorários para o réu que cumpra o mandado monitório.

A execução indireta não era muito bem vista antigamente: a) quer porque não se poderia falar de execução forçada com participação do executado; b) quer porque à época valia a máxima da intangibilidade da vontade humana, segundo a qual o devedor não poderia ser obrigado/forçado a colaborar, pois estaria livre para não cumprir o seu dever.

Cumpre, ainda, esclarecer um ponto. Não se pode restringir a execução indireta às obrigações infungíveis. O raciocínio não pode se pautar neste tipo de divisão. A forma de execução será aquela que for mais adequada para a efetivação do direito, seja fungível ou infungível a obrigação, pois não há entre elas qualquer hierarquia.

Há, no entanto, uma tendência legislativa de conferir à tutela das obrigações de fazer e não-fazer a técnica de execução indireta, pela qual seriam efetivadas por meio de provimentos jurisdicionais que impusessem o cumprimento da prestação, sob pena de multa ou outra medida coercitiva. À tutela das obrigações de dar coisa distinta de dinheiro, inicialmente, reservava-se a execução por sub-rogação, que se dava pelo desapossamento. Após a última reforma processual, entretanto, estendeu-se a estas obrigações a possibilidade de serem efetivadas por coerção indireta, conforme faz ver o art. 461-A do CPC. O caso concreto revelará qual a forma mais adequada de execução.

Normalmente se atribuía às obrigações de pagar quantia a técnica da execução por sub-rogação, que se daria pela expropriação de bem do executado e a entrega do produto ao exeqüente. Há, no entanto, hipóteses de execução indireta para pagamento de quantia: a) a primeira, que é a execução por dívida alimentar, que se pode dar sob pena de prisão civil; b) a segunda, prevista no art. 475-J, CPC, em que se comina uma multa fixa (10%) para o caso de descumprimento da sentença que impuser o pagamento de quantia. A praxe forense revela, ainda, uma manifestação de execução indireta na execução por quantia certa: muitas vezes o magistrado, ao fixar o valor dos honorários advocatícios devidos no processo de execução, estabelece um valor menor, para a hipótese de pagamento pelo executado, e um valor maior, para o caso de ele embargar. Ora, nesses casos, incentiva-se o adimplemento, valendo-se o magistrado de técnica de coerção indireta pelo incentivo.

Pois bem.

A distinção que se pretende fazer entre "*ação executiva lato sensu*" e "*ação mandamental*" parte da distinção entre coerção direta e indireta. Ambas as demandas teriam por característica comum a circunstância de poderem gerar uma decisão que certifique a existência do direito e já tome providências para efetivá-lo, independentemente de futuro processo de execução. São, pois, ações sincréticas. Distinguem-se na medida em que a primeira visa à efetivação por sub-rogação/execução direta, e a segunda por coerção pessoa/execução indireta.

A terminologia adotada já revela o preconceito que existia em relação à execução indireta. "Executiva" somente poderia ser a ação que levasse à "sub-rogação". Embora já esteja consagrada, a terminologia merece reparos; o melhor seria: *a) ação executiva lato sensu por coerção direta; b) ação executiva lato sensu por coerção indireta.*

5.4.2. Ações constitutivas

Como já se disse, a ação constitutiva relaciona-se aos chamados direitos potestativos. Ação constitutiva é a demanda que tem o objetivo de certificar e efetivar direitos potestativos.

Direito potestativo é o poder jurídico conferido a alguém de submeter outrem à alteração, criação ou extinção de situações jurídicas. O sujeito passivo de tais direitos nada deve; não há conduta que precise ser prestada para que o direito potestativo seja efetivado. O direito potestativo efetiva-se no mundo jurídico das normas, não no mundo dos fatos, como ocorre, de modo diverso, com os direitos a uma prestação. A efetivação de tais direitos consiste na alteração/criação/extinção de uma situação jurídica, fenômenos que só se operam juridicamente, sem a necessidade de qualquer ato material (mundo dos fatos). Exemplifique-se. O direito de anular um negócio jurídico é um direito potestativo; esta anulação dar-se-á com a simples decisão judicial trânsito em julgado, não será necessária nenhuma outra providência material, como destruir o contrato, por exemplo.

A efetivação de um direito potestativo carece de execução, no sentido do termo aqui utilizado. A sentença que reconheça um direito potestativo já o efetiva com o simples

reconhecimento e a implementação da nova situação jurídica almejada. A sentença que acolhe uma demanda que veicule um direito potestativo é uma sentença constitutiva, que, portanto, exatamente por isso não gera atividade executiva posterior, em razão da absoluta desnecessidade.

Como nos direitos potestativos não há dever, prestação, conduta, a ser cumprida pelo sujeito passivo – a doutrina denomina de "estado de sujeição" a situação jurídica do sujeito passivo –, não se pode falar de lesão/inadimplemento; assim, a prescrição não está relacionada a tais direitos. Na verdade, os direitos formativos submetem-se, se houver previsão legal, a prazos decadenciais. Por isso, costuma-se dizer que as ações constitutivas ficam sujeitas a prazo decadencial, se houver prazo para o exercício do direito potestativo por ela veiculado.

Sempre que do processo resultar uma situação jurídica nova ou a modificação/extinção de uma situação jurídica já existente, o caso é de demanda constitutiva.

São exemplos: ação de invalidação, ação de resolução/revisão de contrato, ação de interdição, separação judicial, divórcio, ações divisórias, ação de falência, ação rescisória, exclusão de herdeiro etc.

Normalmente, os efeitos de uma decisão constitutiva operam *ex nunc*. No entanto, não se desconhecem decisões constitutivas-negativas com eficácia retroativa, como é o caso da que anula negócio jurídico (art. 182 do CC-2002).[103]

5.4.3. Ações meramente declaratórias

A ação meramente declaratória é aquela que tem o objetivo de certificar a existência ou inexistência de uma situação jurídica[104] (art. 4º, I, CPC). A doutrina e a jurispru-

103. "Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente". A propósito, "As sentenças constitutivas, se bem que em regra produzam efeitos somente *ex nunc*, podem, nalguns casos, produzi-los *ex tunc*. Com certeza: recordem-se, a título exemplificativo, a sentença de exclusão do herdeiro ou legatário, por indignidade, e a que anula ato jurídico, nas hipóteses do art. 147 [atual 182] do Código Civil". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Eficácia da sentença de interdição por alienação mental". *Temas de Direito Processual Civil – quarta série.* São Paulo: Saraiva, 1989, p. 187 – texto entre colchetes não consta do original).

104. Situação jurídica, que é gênero, e não apenas relação jurídica, que é espécie, como consta do texto legal. Nada impede que se peça a declaração da existência de um direito ou de um dever, que são situações jurídicas. A propósito, Pontes de Miranda: "O que se pode declarar tanto pode concernir à relação jurídica, nascida ou a nascer, de direito, ou de pretensão, ou de ação, como também – a despeito das expressões 'existência' e 'inexistência', que se pensaria afastarem a 'existência dos efeitos' ou 'inexistência dos efeitos' – a eficácia da relação jurídica". *(Comentários ao Código de Processo Civil.* 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 1, p. 140-141.) Em sentido semelhante, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas.* Tese de doutoramento. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006, p. 355; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004, t. 1, p. 120; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 3, p. 223

dência também admitem a ação meramente declaratória do modo de ser da relação jurídica.[105]

É demanda de mera certificação. As ações de prestação e as ações constitutivas são também ações de certificação, mas as meramente declaratórias têm apenas esse objetivo. Por conta disso, porque não se busca, nem mediatamente, a efetivação de qualquer direito, não há prazo para o ajuizamento de uma demanda meramente declaratória, que é imprescritível.

Os maiores problemas relacionados ao interesse de agir concentram-se no estudo da ação meramente declaratória.[106] O legislador brasileiro admite haver interesse-utilidade na pretensão processual à simples declaração (ações meramente declaratórias), quando o que se busca é apenas a obtenção da certeza jurídica (com a coisa julgada material), nas hipóteses de controvérsia quanto à existência de relação jurídica ou autenticidade ou falsidade de documento (art. 4º, CPC). Cabe ao demandante demonstrar a necessidade de intervenção do Judiciário, em razão da controvérsia concreta (dúvida) que se estabelece sobre a existência de uma situação jurídica. Também haverá interesse de agir na ação meramente declaratória, mesmo se possível o ajuizamento de ação de prestação (condenatória, mandamental ou executiva), conforme exposto no parágrafo único do art. 4º do CPC: "É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito".

Convém lembrar, neste momento, o caso Wladimir Herzog, assassinado nos porões da ditadura militar brasileira (1964-1985), em que a viúva foi ao Judiciário, assessorada pelo advogado e processualista Sérgio Bermudes, pedindo apenas o reconhecimento do direito à indenização, sem, porém, pedir a condenação da União ao pagamento desta verba. O que se queria era tornar certa a obrigação de a União indenizar. O Tribunal Federal de Recursos admitiu a ação (TFR, 1ª T., Ap. cív. n. 59.873-SP, rel. Min. Leitão Krieger, j. em 21.06.1983).

No caso da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), por se tratar de típica ação declaratória, com finalidade de "afastar a incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea na matéria",[107] é necessário também que na exposição da causa de pedir o autor indique a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do ato objeto da demanda (art. 14, III, Lei n. 9.868/99). É o que Gilmar Ferreira Mendes denomina de legitimação para agir *in concreto*,[108] parecendo-nos, contudo, que a incerteza jurídica

105. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. Tese de doutoramento. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006, p. 356; ZAVASCKI, Teori Albino. "Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados". *Leituras complementares de processo civil*. 4 ed. Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2006, p. 33; YARSHELL, Flávio Luiz. "Tutela jurisdicional meramente declaratória". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1994, n. 76, p. 46.

106. Sobre o tema, amplamente, CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Ação declaratória*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 227-229.

107. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 176.

108. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 172.

é muito mais um fator que diz respeito ao interesse de agir – é o que o impulsiona – do que, propriamente, à legitimação para a causa, que ademais é sempre aferível *in concreto*, pouco importa a natureza jurídica da demanda. A controvérsia há de ser séria, a ponto de gerar insegurança jurídica, abalando a presunção de legitimidade de que goza todo ato normativo. Não se admite a mera controvérsia doutrinária, vez que ela, conquanto importante para o desenvolvimento científico, não tem o condão de obstar a aplicação do ato normativo.[109]

Não se admite, ressalvada a ação sobre a autenticidade do documento, ação meramente declaratória de fato; não se vai ao Poder Judiciário para que ele declare que um fato ocorreu; é possível requerer que o Poder Judiciário certifique a situação jurídica que tenha ou não tenha emergido de um fato, mas jamais pedir a simples declaração da ocorrência ou não de um evento. Por exemplo: não se pode pedir para que o juiz declare o estado de demência de alguém; pede-se que o magistrado, diante da demência, interdite o doente – e é por isso que essa demanda é constitutiva, e não meramente declaratória, porque gera uma situação jurídica nova, que é a incapacidade.

Considera-se, por exemplo, não haver interesse processual na ação declaratória quando se tratar de consulta, pois o Poder Judiciário (exceção feita à Justiça Eleitoral, em razão de suas peculiaridades), não é órgão consultivo/opinativo. Admite-se ação declaratória com o objetivo de identificar a exata interpretação de cláusula contratual (enunciado do 181 da súmula da jurisprudência predominante do STJ). Aceita-se, também, ação declaratória para reconhecimento de tempo de serviço para fins previdenciários (enunciado 242 da súmula do STJ).

5.4.4. O art. 4º, par. ún, CPC. Distinção entre ação meramente declaratória e ação de prestação (condenatória). O art. 475-N, I, do CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 11.232/2005

Há muito, alertávamos de que havia uma tendência de conferir executividade à sentença meramente declaratória, quando houvesse o reconhecimento de uma obrigação exigível.[110] Neste ponto, seria muito difícil distingui-la de uma sentença de prestação, quando fosse

109. DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. "Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade)". *Ações constitucionais*. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Edições Jus PODIVM, 2006, p. 373-374. Ainda sobre o tema, MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 173. O autor critica a utilização de critério meramente numérico ou quantitativo para aferição da controvérsia judicial. Refere-se, mais especificamente, à decisão do Min. Celso de Mello, para quem é necessário que a situação de divergência jurisprudencial seja caracterizada "pela existência de um volume expressivo de decisões conflitantes" (STF, ADC n. 8/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 04.08.1999, DJ de 12.08.1999).

110. Em sentido contrário, Cândido Dinamarco: "Em nenhuma hipótese a sentença meramente declaratória, mesmo quando positiva, constitui título executivo para a execução forçada. Ainda quando a obrigação declarada haja sido ou venha a ser descumprida, quando somente a declaração houver sido pedida ao juiz só a mera declaração ele dará: a oferta de título para a execução forçada está exclusivamente nas sentenças condenatórias, pois só elas contêm esse momento lógico". (*Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3, p. 219-220.)

resultado de uma ação declaratória proposta em momento em que já se poderia propor uma ação de prestação (art. 4º, parágrafo único, CPC).[111]

O STJ já se posicionara neste sentido: 1ª T, REsp n. 588.202/PR, rel. Min. Teori Zavascki, j. 10.02.2004, DJ de 25.02.2004.[112] A Lei Federal n. 11.232/2005 consagrou essa distinção, acolhendo uma sugestão que encaminhamos ao Senado Federal. O art. 475-N, I, prescreve que é titulo executivo judicial a "sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia". Retirou-se a menção que havia à sentença condenatória, para deixar claro que qualquer sentença que reconhecer a existência de uma obrigação exigível, o que inclui a declaratória, tem eficácia executiva. Há diversos exemplos de ações meramente declaratórias que geram decisão com força executiva: consignação em pagamento, oferta de alimentos, desapropriação judicial etc.

De fato, se uma decisão judicial reconhece a existência de um direito a prestação já exercitável (definição completa da norma jurídica individualizada), em nada ela se distingue de uma sentença condenatória, em que isso também acontece. A sentença declaratória proferida com base no art. 4º, par. ún., CPC, tem força executiva, independentemente do ajuizamento de outro processo de conhecimento, de natureza "condenatória".[113]

> "Se a norma jurídica individualizada está definida, de modo completo, por sentença, não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. Instaurar a cognição sem oferecer às partes e principalmente ao juiz outra alternativa de resultado que não um já prefixado representaria atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional".[114]

A distinção que se deve fazer entre ação declaratória e ação condenatória é, atualmente, muito sutil, mas ainda existe: a) cabe ação meramente declaratória para reconhecer a autenticidade/falsidade de um documento (declaração de fato); b) cabe ação meramente declaratória para certificar a interpretação que se deve dar uma cláusula contratual;

111. Sobre as dificuldades de estabelecimento de uma distinção entre a sentença declaratória e a sentença condenatória, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil". *Temas de direito processual.* São Paulo: Saraiva, 1977. p. 72-80.

112. Imprescindível a leitura de ZAVASCKI, Teori Albino. "Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados". *Leituras complementares de processo civil.*3 ed. Salvador: Edições *Jus*PODIVM. 2005, p. 23-36.

113. Em sentido diverso, José Roberto dos Santos Bedaque, comentando o parágrafo único do art. 4º do CPC, antes da Lei Federal n. 11.232/2005: "Essa tutela, todavia, não terá o condão de eliminar completamente a crise de direito material. Embora declarado existente o direito, o inadimplemento não poderá ser afastado pela tutela executiva, pois a sentença declaratória não é título. Terá o credor que postular nova tutela cognitiva, de conteúdo condenatório, para obter acesso à via executiva". (*Código de Processo Civil interpretado.* 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 49.)

114. ZAVASCKI, Teori Albino. "Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados", cit., p. 31-32.

c) cabe ação meramente declaratória da existência de uma obrigação ainda inexigível (e que, portanto, não poderia ser objeto de uma ação condenatória); d) cabe ação declaratória de constitucionalidade das leis (ADC).

Uma dúvida final: há como distinguir uma ação de prestação (ação condenatória) de uma ação meramente declaratória ajuizada após a lesão, portanto quando já seria possível o ajuizamento de uma ação de prestação (art. 4º, par. ún., CPC)? Trata-se de questão dificílima. Inicialmente, é razoável afirmar que essa ação meramente declaratória não interrompe a prescrição, pois não houve comportamento do credor (titular da pretensão) que revelasse a sua vontade na efetivação da prestação. E os fatos interruptivos da prescrição (art. 202 do CC-2002) todos se justificam em um comportamento do credor direcionado ao cumprimento da prestação pelo sujeito passivo. Note-se que na ação condenatória (ação de prestação), o demandante anuncia o desejo de efetivar o seu direito após a certificação judicial; isso não acontece na ação meramente declaratória ajuizada após a lesão.

Em resumo: a) no caso de ação declaratória preventiva (anterior à lesão) não há que se falar em prescrição, haja vista que não houve violação do direito (art. 189 do CC-2002); b) no caso de ação declaratória do art. 4º, par. ún., há prescrição, mas o despacho inicial não a interrompe pois não há pretensão à efetivação, mas à mera certificação; c) no caso de ação condenatória, que pressupõe a violação, há prescrição e há interrupção. Por conta disso: a) as sentenças condenatória e declaratória (art. 4.º, par. ún., CPC) têm idêntico conteúdo (certificação do direito subjetivo e da sua exigibilidade) e efeitos (oportunizar o manejo de medidas executivas), mas o prazo prescricional para efetivação da sentença condenatória recomeçaria a correr a partir do trânsito em julgado, enquanto que, no caso da declaratória, por nunca se ter interrompido, conta-se desde a violação; b) o prazo para a efetivação da sentença meramente declaratória (art. 4º, par. ún., CPC), como não houve interrupção, contar-se-ia mesmo desde a violação; assim, se, após o trânsito em julgado da decisão, ainda houver prazo, poderia ser efetivada (executada); caso contrário, não.

5.5. Ações dúplices

Ação dúplice pode ser compreendida em duas acepções: processual e material.

Em sentido processual, ação dúplice é sinônimo de pedido contraposto: demanda proposta pelo réu em face do autor, no bojo da contestação, nas hipóteses admitidas em lei, como no procedimento sumário e na Lei dos Juizados Especiais. Fala-se, assim, em ação dúplice pelo simples fato de o procedimento permitir que o réu formule demanda contra o autor dentro da sua contestação.

Não é, porém, a acepção mais correta, embora seja bastante utilizada.

Lei processual alguma pode transformar alguma ação em dúplice: trata-se de fenômeno de direito material. Quando a lei autoriza a ampliação do objeto litigioso do processo pelo réu, ou estamos diante de reconvenção ou de pedido contraposto, técnicas legislativas consagradas.

As ações dúplices são as ações (pretensões de direito material) em que a condição dos litigantes é a mesma, não se podendo falar em autor e réu, pois ambos assumem concomitantemente as duas posições. Esta situação decorre da pretensão deduzida em juízo. A discussão judicial propiciará o bem da vida a uma das partes, independentemente de suas posições processuais. A simples defesa do réu implica exercício de pretensão; não formula pedido o réu, pois a sua pretensão já se encontra inserida no objeto do processo com a formulação do autor.[115] É como uma luta em cabo de guerra: a defesa de uma equipe já é, ao mesmo tempo, também o seu ataque. São exemplos: a) as ações declaratórias; b) as ações divisórias; c) as ações de acertamento, como a prestação de contas e oferta de alimentos.

A relação jurídica deduzida em juízo poderia ter sido posta por qualquer das partes e, com a defesa, o réu já exercita a sua pretensão, sem a necessidade de reconvenção ou pedido contraposto.

6. CUMULAÇÃO DE AÇÕES

O estudo da cumulação de ações divide-se, basicamente, em dois pontos: a) cumulação subjetiva: estudo do litisconsórcio; b) cumulação objetiva: estudo da cumulação de pedidos. O primeiro será estudado em capítulo dedicado exclusivamente ao assunto; o segundo, será estudado no capítulo sobre petição inicial.

7. CONCURSO DE AÇÕES

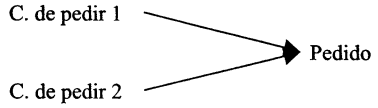
O denominado concurso de ações (*rectius:* direitos) pode dar-se, em seu aspecto objetivo, de duas formas: *a) concurso impróprio:* há mais de uma pretensão concorrente, nascida a partir de um mesmo fato gerador; *b) concurso próprio:* há pluralidade de causas de pedir que autorizam a formulação de mesmo pedido. Em caso de concurso de ações, somente é possível a satisfação de um dos direitos concorrentes: ou se pleiteia um dos

115. DEMARCHI, Juliana. "Ação dúplice, pedido contraposto e reconvenção". *Revista de Direito Processual Civil.* Curitiba: Gênesis, 2000, n. 17, p. 532. "Do prisma material, é dúplice a ação, provocando *iudicium duplex*, na qual a contestação do réu já basta à obtenção do bem da vida. Em geral, o autor pede e o réu somente impede; na *actio duplex*, o ato de impedir (contestação) já expressa um pedido contrário. Tal característica deriva do direito material posto em causa (*rectius:* mérito, pretensão processual ou objeto litigioso)." (Araken de Assis, *Procedimento Sumário.* São Paulo: Malheiros Ed., 1996, p. 93). "A principal implicação desta afirmação reside na eventual decretação de carência de ação em fase procedimental posterior ao oferecimento da defesa pelo réu: o processo será extinto sem julgamento do mérito e não haverá possibilidade de o réu aproveitar os atos processuais praticados para obter provimento favorável a sua pretensão." (DEMARCHI, cit., p. 532) Em uma hipótese, no entanto, o réu recebe o bem da vida mesmo que o autor seja carecedor da ação. Ao tratar da ação renovatória, dispõe o art. 74 da Lei nº 8.245/91 que, não sendo renovada a locação, o juiz fixará o prazo de até seis meses após o trânsito em julgado da sentença para a desocupação do imóvel. Assim, mesmo no caso da decretação de carência de ação do autor (pois não será renovada a locação), o réu obtém tutela jurisdicional favorável a sua pretensão. (DEMARCHI, cit., p. 539)".

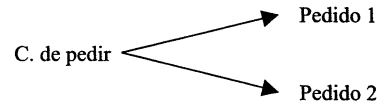
pedidos possíveis (impróprio), ou se traz uma das causas de pedir (próprio). Não se podem cumular direitos concorrentes, pois é impossível o acolhimento simultâneo de todos eles (art. 295, par. ún., IV, CPC).

São exemplos de concurso de direitos: *a) Vício redibitório: quanti minoris* ou ação redibitória – arts. 441-442, Código Civil/2002; b) invalidade do contrato por simulação ou por fraude; c) Pedido de complementação de área na venda *ad mensuram*, ou, subsidiariamente, a redução do preço ou extinção do contrato (art. 500, Código Civil/2002); d) pedido de nulidade do contrato ou, subsidiariamente, redução do valor da dívida; e) nulidade de casamento ou, sucessivamente, separação judicial;[116] f) quem possui uma cambial é credor do emitente seja da obrigação abstrata que surge do negócio cambial, seja da obrigação causal que surge da relação fundamental; g) o credor de uma coisa determinada pode também ser seu proprietário, como nos casos de comodato, locação etc.; nestes casos, pode pretender a coisa como proprietário ou como credor;[117] h) passageiro que sofre lesões no transporte ferroviário: tem direito à indenização por força da culpa aquiliana do preposto ou da responsabilidade objetiva da empresa ferroviária;[118] i) vítima de acidente de trânsito, que tanto tem direito ao valor do seguro obrigatório como também a uma indenização do causador do acidente, devendo, entretanto, o valor daquele ser abatido desta.[119]

Concurso objetivo próprio



Concurso objetivo impróprio



A cumulação eventual (pedidos subsidiários; art. 289 do CPC) é muito útil nas situações em que exista concurso objetivo de ações. Exatamente por não se tratar, a cumulação eventual, de uma cumulação própria de pedidos, conforme já visto, pode o autor demandar as concorrentes pretensões ao mesmo tempo, de modo que a segunda possa ser acolhida, acaso a primeira não o seja.[120]

Problema que atormenta os operadores jurídicos é o da coisa julgada nas ações concorrentes – notadamente à luz do nosso sistema, que sugere a tríplice identidade como

116. Alguns exemplos retirados do rol de Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 258.
117. Os dois últimos são exemplos de concurso próprio citados por Liebman, "Ações concorrentes", *in Eficácia e Autoridade da sentença,* 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 22-223.
118. Exemplo de concurso objetivo próprio de Cândido Dinamarco. *Electa una via non datur regressus ad alteram.* Fundamentos do Processo Civil Moderno. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, t. II, p. 915.
119. Enunciado nº 246 da súmula do Superior Tribunal de Justiça: "O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada". A necessidade de dedução revela a existência de direitos concorrentes. Às vezes, o valor do seguro não corresponde ao valor dos danos, podendo a vítima pleitear em face do responsável pelo acidente a complementação da indenização. Permanece a regra: o direito concorrente só se extingue com a total satisfação do direito que com ele concorre.
120. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Quanti minoris". *Direito processual civil (ensaios e pareceres).* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 211.

requisito indispensável para a configuração da coisa julgada (art. 301, §§2º e 3º do CPC). É que, uma vez acolhida ou rejeitada uma das pretensões formuladas, obstada está a possibilidade de nova discussão da causa, mesmo que formulada outra demanda. Embora não se trate de situações idênticas, pois os pedidos são distintos, opera, no particular, o efeito negativo da coisa julgada.

A questão, cuja solução parece simples na hipótese de acolhimento de uma das pretensões, pois faltaria ao pretendente interesse de agir na propositura da outra demanda, tem recebido da doutrina tratamento díspar na hipótese de não-acolhimento de uma das pretensões concorrentes. Poderia, por exemplo, João pleitear em face de José o pedido estimatório, quando já houvera demandado, e perdido, o pleito redibitório? É que, então, não se poderia dizer que o autor não tivesse interesse, na medida em que seu pleito anterior não fora acolhido.

Há quem afirme a impossibilidade do acolhimento da outra pretensão, ao fundamento de que a questão jurídica, que é uma só, já fora resolvida. Aplica-se, no particular, o brocardo romano *electa una via non datur regressus ad alteram,* ainda que não exatamente de acordo com as suas origens.[121]

Há, porém, quem se posicione pela possibilidade de admissão da outra pretensão concorrente, acaso a primeira não seja acolhida. Não tendo havido a satisfação (e não mera certificação) definitiva do direito do postulante, e em razão da não coincidência os elementos da demanda, poderia o autor pleitear a pretensão concorrente àquela que inicialmente havia sido rejeitada.[122] Trata-se de posição majoritária, com a qual concordamos.

Também se cogita do concurso subjetivo de ações. Isso ocorre nas hipóteses de co-legitimação ativa, em que um mesmo pedido, fundado em uma mesma causa de pedir, pode ser formulado por pessoas diversas. Trata-se dos clássicos casos de litisconsórcio facultativo unitário, que normalmente se revela no pólo ativo. Frise-se que o concurso, aqui, é o da legitimação para a postulação do mesmo direito – diferente do concurso objetivo, em que há vários direitos concorrentes. O concurso subjetivo decorre de "situações jurídicas substanciais plurissubjetivas".[123] Exemplo marcante é o das ações de impugnação de decisão societária: cada um dos sócios pode propor a demanda isoladamente.

121. Sobre a exata acepção do brocardo latino, DINAMARCO, Cândido. *Electa una via non datur regressus ad alteram.* Fundamentos do Processo Civil Moderno. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, t. II, p. 910 e segs.

122. "Enfatizo que somente o resultado consumado da satisfação de um dos direitos é que opera a extinção dele próprio e também do direito concorrente. (...) Não a propositura de demanda para o seu reconhecimento. Não a pronúncia de sentença que julgue procedente essa demanda. Não o trânsito em julgado dessa sentença". [salvo se constitutiva, acrescentamos] Cândido Dinamarco. *Electa uma via non datur regressus ad alteram.* Fundamentos do Processo Civil Moderno. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, t. II, p. 917-918.

123. GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações concorrentes – Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato, in LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença,* ob. cit., p. 239.

Também em relação ao concurso subjetivo duas ordens de problema se apresentam: a) a extensão subjetiva da coisa julgada a quem não propôs a demanda; b) qual o instituto processual que serve para operacionalizar este fenômeno.

Questão das mais tormentosas sobre o tema é a da extensão subjetiva da coisa julgada aos titulares do direito em concurso que não propuseram a demanda. A extensão da coisa julgada àquele que poderia ter sido litisconsorte unitário mas não o foi é uma das grandes polêmicas do processo civil, até hoje sem uma solução imune a sérios questionamentos. Já o abordamos quando do estudo da coisa julgada no litisconsórcio facultativo unitário não formado. Sintetizemos, para relembrar, as três correntes doutrinárias a respeito.

a) Como se trata de situação subsumível às hipóteses do chamado litisconsórcio facultativo unitário, a decisão proferida em um processo estende seus efeitos aos demais titulares do direito, pois a relação jurídica já recebeu a solução do Poder Judiciário, solução que deve ser única. Seria hipótese de extensão *ultra partes* dos efeitos da coisa julgada, relativizando a regra do art. 472 do CPC. Essa a posição que adotamos, seguindo a linha de, entre outros, Barbosa Moreira.[124]

b) Uma segunda corrente prega a extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventum litis*. Assim, a coisa julgada somente se estenderia aos demais titulares do direito em concurso se fosse para beneficiar – a doutrina costuma dizer que somente se estende em caso de procedência do pedido.[125] É a posição menos aceita, até pelo fato de o outro titular poder não querer o resultado alcançado por aquele que demandou. Por exemplo: um sócio logrou anular uma decisão da Assembléia; talvez o outro sócio quisesse, ao contrário, mantê-la ainda em vigor.

c) Uma terceira corrente, que obteve a adesão de, por exemplo, Ada Pellegrini Grinover,[126] segue a linha do quanto prescrito no art. 472 do CPC: em nenhuma hipótese haverá a extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada, que somente opera *inter partes*.

Enquanto a cumulação eventual serve como forma de solução do concurso objetivo de pretensões, o concurso subjetivo resolve-se pelo litisconsórcio, que nada mais é do que um cúmulo de ações. No caso, conforme dito, o litisconsórcio será facultativo e unitário, com base no art. 46, I, CPC.

124. Ver o estudo fundamental, a despeito de ter sido escrito sob a vigência do CPC/39: "Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente". *In Direito processual civil (ensaios e pareceres).* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 273-294, também publicado na RT 410

125. Lembrada por Liebman, *Ações concorrentes...*, ob. cit., p. 239. Liebman segue esse posicionamento, embora afirme não se tratar de extensão *secundum eventum litis* dos efeitos da coisa julgada, mas sim de diversidade dos efeitos da sentença (*Ações concorrentes...*, ob. cit., p. 228).

126. *Ações concorrentes – Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato,* in LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença,* ob. cit., p. 238-243.

CAPÍTULO V

OS "PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS"

Sumário • 1. "Pressuposto processual": uma apresentação – 2. Pressupostos de existência e requisitos de validade – 3. A classificação proposta, baseada na obra de José Orlando Rocha de Carvalho – 4. Pressupostos processuais subjetivos: 4.1. Capacidade de ser parte; 4.2. Existência de órgão investido de jurisdição; 4.3. Pressuposto processual objetivo: a existência de ato inicial do procedimento que introduza o objeto da decisão – 5. Requisitos processuais subjetivos de validade: 5.1. Capacidade processual; 5.2. Capacidade postulatória; 5.3. Competência; 5.4. Imparcialidade – 6. Requisito processual objetivo intrínseco: respeito ao formalismo processual – 7. Requisitos processuais objetivos extrínsecos ou negativos – 8. Regramento processual das pessoas casadas: 8.1. Consideração introdutória; 8.2. Capacidade processual dos cônjuges nas ações reais imobiliárias: 8.2.1. O art. 1.647 do CC-2002; 8.2.2. A restrição da capacidade processual e a ressalva prevista no Código Civil de 2002; 8.2.3. Forma e prova do consentimento; 8.2.4. Aplicação na união estável; 8.2.5. O controle da ilegitimidade processual do cônjuge; 8.2.6. Suprimento judicial do consentimento (art. 11 do CPC e art. 1.648 do CC-2002); 8.3. Dívidas solidárias e litisconsórcio necessário entre os cônjuges (incisos II e III do § 1º do art. 10º do CPC) – 9. O curador especial.

1. "PRESSUPOSTO PROCESSUAL": UMA APRESENTAÇÃO

O desenvolvimento teórico da categoria "pressupostos processuais" deve-se a Oskar Bülow[1] e tem origem na identificação do processo como relação jurídica distinta daquela que constitui o seu objeto. Assim como o reconhecimento da relação jurídica deduzida (a cujo respeito discutem os litigantes)[2] pressupõe a verificação de certos fatos, "também o surgimento da relação jurídica processual, analogamente, depende da presença de determinados elementos, que condicionam, em termos globais, a existência. Tais seriam os pressupostos processuais".[3] A expressão não é do agrado de todos, mas, de um modo geral, tem sido utilizada pela doutrina brasileira.

No entanto, convém uma advertência. Colocam-se sob essa rubrica tantas e tão diversas figuras, com tantos e tão diversos efeitos, que há quem critique, severamente, a existência dessa categoria de pensamento. De fato, "quando se diz, porém, que determinado requisito é um pressuposto processual, a rigor é pouquíssimo o que se fica sabendo a seu respeito. Que se cuida de matéria referente ao processo, a ser apreciada preliminarmente ao mérito – e só. (...) É cômodo, sem dúvida, falar de 'pressupostos processuais', nos esquemas didáticos; e não apresenta maior inconveniente, desde que se tome o cuidado de pôr os pingos nos is".[4]

---

1. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.* Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 04-09.
2. Os "pressupostos processuais" devem ser observados, também, nos procedimentos de jurisdição voluntária. (GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna.* São Paulo: Dialética, 2003, p. 44-45).
3. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Sobre pressupostos processuais". *Temas de direito processual civil – Quarta série.* São Paulo: Saraiva, 1989, p. 84.
4. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Sobre pressupostos processuais". *Temas de direito processual civil – Quarta série.* São Paulo: Saraiva, 1989, p. 93.

Pressupostos processuais são todos os elementos de existência, os requisitos de validade e as condições de eficácia do procedimento, aspecto formal do processo, que é ato-complexo de formação sucessiva. Há pressupostos do procedimento principal, do procedimento incidental e do procedimento recursal. Normalmente, a doutrina costuma referir aos pressupostos de existência e aos requisitos de validade, não tratando dos fatores de eficácia. Os limites deste trabalho não permitem que se vá muito além disso. Por isso, examinemos os pressupostos de existência e os requisitos de validade.

2. PRESSUPOSTOS DE EXISTÊNCIA E REQUISITOS DE VALIDADE

Costuma-se falar em pressupostos de existência e de validade. A terminologia merece uma correção técnica. Pressuposto é aquilo que precede ao ato e se coloca como elemento indispensável para a sua existência jurídica; requisito é tudo quanto integra a estrutura do ato e diz respeito à sua validade, como já foi visto no primeiro capítulo. Assim, é mais técnico falar em requisitos de validade, em vez de "pressupostos de validade". "Pressupostos processuais" é denominação que se deveria reservar apenas aos pressupostos de existência.[5] Sucede que "pressupostos processuais" é expressão consagrada na doutrina, na lei (vide o inciso IV do art. 267 do CPC) e na jurisprudência. É possível, assim, falar em "pressupostos processuais" *lato sensu*, como locução que engloba tanto os requisitos de validade como os pressupostos processuais *stricto sensu* (somente aqueles concernentes à existência do processo). A utilização da expressão "pressupostos processuais" (entre aspas) indica referência aos pressupostos processuais amplamente considerados.

O processo, do ponto de vista interno, é uma relação jurídica, do ponto de vista externo, é um procedimento. Como em toda relação jurídica, impõe-se a coexistência de elementos subjetivos (sujeitos) e objetivos (fato jurídico e objeto).

Os sujeitos principais da relação jurídica processual são as partes (autor e réu) e o Estado-juiz. Para que a relação jurídica processual exista, basta que alguém postule perante um órgão que esteja investido de jurisdição: a existência de um autor (sujeito que pratique o ato inaugural, que tenha personalidade judiciária) e de um órgão investido de jurisdição completa o elemento subjetivo do processo. A relação jurídica processual existe sem réu; para ele, porém, só terá eficácia, somente poderá produzir alguma conseqüência jurídica, se for validamente citado (art. 219 c/c o art. 263 do CPC-73).

Os elementos objetivos de uma relação jurídica são o fato jurídico e o objeto. O fato jurídico que instaura a relação jurídica processual é o ato inaugural (ato postulatório que introduz o *objeto litigioso* do processo) de alguém com personalidade judiciária perante órgão investido de jurisdição, conforme prevê o art. 263 do CPC. O objeto litigioso do

5. Segue-se, assim, a terminologia adotada por José Orlando Rocha de Carvalho, em primoroso trabalho, que é leitura obrigatória sobre o tema: *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

processo é a prestação jurisdicional solicitada por esse ato, normalmente designado de demanda. Preenchidos esses elementos, a relação jurídica processual existe.

É possível que, embora exista relação jurídica processual, a um determinado ato processual falte um pressuposto de existência jurídica, como ocorre com a sentença proferida por não-juiz ou que não possua decisão. Nesses casos, a relação jurídica processual existe, mas o ato (sentença) é que não preencheu os elementos mínimos do seu suporte fático, o que impede a sua existência jurídica. Pode-se falar, portanto, em pressupostos de existência de cada um dos atos jurídicos processuais que compõem o procedimento, independentemente da existência da relação jurídica processual.

Existente o processo (relação jurídica processual), é possível discutir sobre a admissibilidade (validade) de todo o procedimento (ato jurídico complexo) ou, especificadamente, de cada um dos atos jurídicos que nele são praticados. Não se pode discutir a validade da relação jurídica processual: relação jurídica é efeito de fato jurídico, ou existe ou não existe; apenas os atos jurídicos podem ser inválidos, conforme já se disse – pode-se, no entanto, questionar a validade do procedimento, aspecto extrínseco do processo, que é um ato jurídico complexo de formação sucessiva.

Surgem, então, os requisitos de validade do processo. Como todo ato jurídico, o procedimento também tem os seus requisitos de validade: a forma do ato deve ser respeitada bem como os sujeitos (juiz e partes) hão de ser capazes.[6] O desatendimento dos requisitos de validade de um ato jurídico processual isolado não inviabiliza, a princípio, todo o procedimento; pode dar azo apenas à decretação de nulidade do ato jurídico processual defeituoso. Na verdade, quando se diz "processo inválido", está-se diante de uma conseqüência (invalidade) que decorre de um defeito no fato jurídico que deu causa à relação processual (demanda inicial) ou de um fato superveniente que diga respeito aos elementos daquele originário – e que impeça o prosseguimento do processo para a solução do objeto litigioso.

O ato jurídico inicial pode ser válido e, ainda assim, ser decretada a inadmissibilidade do procedimento. É que, conforme visto, a validade de um ato-complexo pode ser investigada durante toda a execução desse ato, que é composto de vários atos. Mas somente comprometerão o procedimento, e por isso podem ser considerados requisitos processuais, os fatos que digam respeito à demanda originária: relacionados ao autor, ao juízo ou ao objeto *litigioso*. Nem todo ato processual defeituoso pode implicar o juízo de inadmissibilidade do processo: é preciso que o defeito deste ato impeça que o *objeto litigioso* seja apreciado – e isso só acontece quando o ato processual está dentro da cadeia de atos do procedimento principal, estruturado para dar resposta ao quanto foi demandado. Se não compromete a apreciação do mérito do procedimento principal, não pode ser considerado requisito de validade do processo: ou será um requisito de validade do ato processual isoladamente considerado, ou será requisito de admissibilidade de um procedimento incidental ou recursal.

6. No que se refere ao juiz, fala-se de competência, em vez de capacidade.

Um exemplo talvez seja esclarecedor. A competência é requisito de validade do processo ("pressuposto processual" de validade). A competência para a reconvenção, procedimento incidental, não é "pressuposto processual" de validade, embora seja um requisito de admissibilidade do incidente do processo: a incompetência do juízo para apreciar a reconvenção não impede que ele aprecie a demanda principal.

3. A CLASSIFICAÇÃO PROPOSTA, BASEADA NA OBRA DE JOSÉ ORLANDO ROCHA DE CARVALHO

Existem inúmeras classificações dos "pressupostos processuais", algumas bastante conhecidas, como a de Galeno de Lacerda.[7] Todas elas têm o objetivo de facilitar a visualização das diversas figuras encartáveis sob esta rubrica. Adota-se a classificação de José Orlando Rocha de Carvalho,[8] não apenas por ser a mais coerente, mas porque se reputa o trabalho que mais bem identificou as diversas nuances da questão.

Não há maiores inconvenientes em seguir esta ou aquela classificação: isto é o que menos importa. O operador deve atentar, no entanto, para as conseqüências advindas do desrespeito a este ou aquele "pressuposto": se invalidade ou inexistência; se afeta todo o procedimento ou apenas um(ns) ato(s) isolado(s). Feita a advertência, eis a classificação proposta, com algumas adaptações.

- "Pressupostos processuais"
  - Pressupostos de existência
    - Subjetivos
      - Juiz – Órgão investido de jurisdição
      - Parte – Capacidade de ser parte
    - Objetivos – Existência de demanda
  - Requisitos de validade
    - Subjetivos
      - Juiz – Competência e imparcialidade
      - Partes – Capacidade processual e capacidade postulatória
    - Objetivos
      - Intrínseco – Respeito ao formalismo processual
      - Extrínsecos (ou negativos) – Perempção, litispendência, coisa julgada, convenção de arbitragem etc.

7. *Despacho saneador.* Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953, p. 60 e segs.
8. *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

4. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS SUBJETIVOS

4.1. Capacidade de ser parte

A capacidade de ser parte é a personalidade judiciária: aptidão para, em tese, ser sujeito da relação jurídica processual (processo)[9] ou assumir uma situação jurídica processual (autor, réu, assistente, excipiente, excepto etc.).[10]

Dela são dotados todos aqueles que tenham personalidade material – ou seja, aqueles que podem ser sujeitos de uma relação jurídica material, como as pessoas naturais e as jurídicas –, como também o nascituro, o condomínio, o *nondum conceptus*,[11] a sociedade de fato,[12] sociedade não-personificada e sociedade irregular[13] – as três figuras estão reunidas sob a rubrica sociedade em comum, art. 986 do CC-2002 –, os entes formais (como o espólio, massa falida, herança jacente etc.), as comunidades indígenas ou grupos tribais[14] e os órgãos públicos despersonalizados (Ministério Público, PROCON, Tribunal de Contas etc.).[15] Não a têm o morto e os animais, p. ex. Trata-se de noção absoluta: não se cogita de alguém que tenha meia capacidade de ser parte; ou se tem ou não se tem personalidade judiciária.

> A incapacidade de ser parte pode ser argüida a qualquer tempo, pois "enquanto não cessa a aparente relação jurídica processual em que figurou o morto, ou o nunca existido, ou a sociedade inexistente, é possível pedir-se a extinção do processo".[16] Decorre da garantia da inasfastabilidade do Poder Judiciário, prevista no inciso XXXV do art. 5º da CF/88.

9. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. I, p. 222; ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil.* Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955, t. II, p. 230.
10. MELLO, Marcos Bernardes de. "Achegas para uma teoria das capacidades em direito". *Revista de Direito Privado.* São Paulo: RT, 2001, n. 03, p. 26.
11. Art. 1.799, I, do CC-2002. Ver, sobre a capacidade de ser parte do *nondum conceptus*, MELLO, Marcos Bernardes de. "Achegas para uma teoria das capacidades em direito". *Revista de Direito Privado.* São Paulo: RT, 2001, n. 03, p. 27.
12. Esta noção abrangente admite a capacidade de ser parte a centros acadêmicos ou grêmios estudantis não inscritos no Cartório de Pessoas Jurídicas, além de aos movimentos sociais organizados como o MST (Movimento dos Sem-Terra).
13. "A distinção entre sociedade irregular e sociedade não personificada consiste em que essa é uma sociedade regularmente constituída, mas ainda não inscrita no registro de pessoas jurídicas, enquanto aquela é sociedade em que seu ato constitutivo não pode ser registrado por vício insanável. Difere ainda da chamada sociedade de fato, uma vez que essa se caracteriza por não ter natureza jurídica, mas, por ser grupo de pessoas que, embora desenvolvam atividade com objetivo comum, não têm intenção de sociedade". (MELLO, Marcos Bernardes de. "Achegas para uma teoria das capacidades em direito". *Revista de Direito Privado.* São Paulo: RT, 2001, n. 03, p. 26.)
14. Art. 37 da Lei Federal n. 6.001/73 (Estatuto do Índio): "Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio".
15. Por isso, é correto afirmar que há um número maior daqueles que podem ser parte do que daqueles que são pessoas. O conjunto daqueles que podem ser parte contém o conjunto daqueles que têm personalidade jurídica de direito material (são pessoas: física ou jurídica).
16. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. I, p. 238.

4.2. Existência de órgão investido de jurisdição

A investidura na função jurisdicional é pressuposto de existência da relação jurídica processual e dos atos jurídicos processuais do juiz (decisões, despachos, colheita de provas etc.).

Considera-se inexistente o processo se a demanda foi ajuizada perante não-juiz e decisão prolatada por não-juiz é uma não-decisão, é apenas um simulacro a que não se pode emprestar qualquer eficácia jurídica. São não-juízes: aquele que não foi investido de jurisdição pela posse no cargo, em virtude de nomeação ou concurso; aquele que, embora tenha prestado concurso ou tenha sido nomeado, ainda não tomou posse; o magistrado aposentado ou em disponibilidade.

Cumpre lembrar que, conforme visto no capítulo sobre competência, para alguns autores a "incompetência constitucional" implica inexistência de jurisdição e, portanto, a decisão porventura prolatada seria *a non judice* (uma não-sentença, pois).

4.3. Pressuposto processual objetivo: a existência de ato inicial do procedimento que introduza o objeto da decisão

O terceiro pressuposto processual é a existência de demanda, que nesse caso deve ser compreendida como continente (o ato de pedir) e não como conteúdo (aquilo que se pede). O ato de pedir é necessário para a instauração da relação jurídica processual – é o seu fato jurídico. Ao dirigir-se ao Poder Judiciário, o autor dá origem ao processo (art. 263 do CPC); a sua demanda delimita a prestação jurisdicional, que tem o pedido e a causa de pedir como os elementos do seu objeto litigioso. Se o ato inicial não trouxer pedido (art. 295, I, c/c par. ún., I, do CPC), o caso é de extinção do processo por inadmissibilidade do procedimento, em razão de defeito do ato inicial.

5. REQUISITOS PROCESSUAIS SUBJETIVOS DE VALIDADE

5.1. Capacidade processual

A capacidade processual é a aptidão para praticar atos processuais independentemente de assistência e representação (pais, tutor, curador etc.), pessoalmente, ou por pessoas indicadas pela lei, tais como o síndico, administrador de condomínio, inventariante etc. (art. 12 do CPC).[17] "A capacidade processual ou de estar em juízo diz respeito à prática e a recepção eficazes de atos processuais, a começar pela petição e a citação, isto é, ao pedir e ao ser citado".[18]

17. MELLO, Marcos Bernardes de. "Achegas para uma teoria das capacidades em direito". *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2001, n. 03, p. 31.
18. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. I, p. 238. Ver, também, ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955, t. II, p. 241.

É bom lembrar que as pessoas jurídicas precisam estar regularmente "presentadas" em juízo (art. 12 do CPC); não se trata de representação, razão pela qual é "grave equívoco a afirmação de que as pessoas jurídicas seriam processualmente incapazes".[19] Os casos do art. 12 do CPC indicam tanto hipóteses de representação (III, IV e V) como de presentação (I, II, VI e VIII).

> "Observe-se que, na comparência da parte por um órgão, não se trata de *representação*, mas de *presentação*. O órgão presenta a pessoa jurídica: os atos processuais do órgão são atos dela, e não de representante. (...) De modo que há a presentação (de direito material) e a representação processual, necessariamente sem atuação em causa própria: o órgão presenta, materialmente; e, processualmente, também presenta.
>
> As pessoas jurídicas... precisam ter órgãos, tanto quanto as pessoas físicas precisam ter boca, ou, se não podem falar, mãos, ou outro órgão, pelo qual exprimam o pensamento ou o sentimento. O órgão da pessoa física – a boca, por exemplo – fá-la presente a uma reunião, na praça pública, no teatro, no tabelionato, ou no juízo. A presença pode bem ser com a simples assinatura, se a pessoa física não pode ou não quer falar... Os diretores das pessoas jurídicas que assinam a declaração unilateral de vontade, ou a declaração bilateral ou multilateral de vontade, não estão a praticar ato seu, pelo qual representem a pessoa jurídica. Estão a presentá-las, a fazê-las presentes".[20]

A representação do espólio é feita pelo inventariante (inciso V do art. 12), salvo se ele for dativo, quando "todos os herdeiros e sucessores do falecido serão autores ou réus nas ações em que o espólio for parte" (§ 1º do art. 12 do CPC). A ressalva merece uma explicação: nos casos de inventariante dativo, qualquer herdeiro pode representar o espólio no pólo ativo e todos os herdeiros devem ser citados nas demandas propostas contra o espólio (a representação é conjunta).[21] Qualquer herdeiro poderá, em nome próprio, propor demanda para defender o condomínio que existe sobre a herança. Sucede que, se a parte é o espólio e o inventariante é dativo, qualquer herdeiro pode ser o seu representante – a redação legal é confusa.[22] Não se pode exigir que, em ação proposta pelo espólio, todos os herdeiros sejam litisconsortes ativos necessários, pois essa figura, como será visto no capítulo seguinte, não é admitida no direito brasileiro, por violar a

19. MELLO, Marcos Bernardes de. "Achegas para uma teoria das capacidades em direito". *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2001, n. 03, p. 31. Também assim, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. I, p. 239.
20. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. I, p. 219-220.
21. Em sentido diverso, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, para quem, nesse caso, "o espólio não será parte, mas os herdeiros. Se o espólio for réu, serão citados os herdeiros como litisconsortes necessários, sob pena de ineficácia da sentença..., excluindo-se o espólio do pólo passivo; se for autor, deverão os herdeiros comparecer ao pólo ativo da demanda como autores, também em litisconsórcio necessário" (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 422). Também considerando que o caso do § 1º do art. 12 impõe o litisconsórcio entre todos os herdeiros, no pólo passivo ou ativo, não sendo o espólio a parte, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 77.
22. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1, p. 92; DINAMARCO, Cândido. *Litisconsórcio*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997, p. 217, especialmente nota 11.

garantia da inafastabilidade (inciso XXXV do art. 5º da CF/88). A situação é semelhante à do condomínio: não só o condomínio pode propor a demanda, como também qualquer condômino, isoladamente; o condomínio, quando for parte, será representado pelo síndico ou pelo administrador.[23]

Consoante o disposto no § 3º do art. 12 do CPC, "o gerente da filial ou agência presume-se autorizado, pela pessoa jurídica estrangeira, a receber citação inicial para o processo de conhecimento, de execução, cautelar e especial". Os parágrafos do art. 215 do CPC cuidam de situação em que se presume a representação: a) Do mandatário, administrador, feitor ou gerente em relação ao réu ausente, quando a ação se originar de atos por eles praticados; b) Do administrador do imóvel encarregado de receber os aluguéis, quando o locador se ausentar do Brasil sem cientificar o locatário de que deixou, na localidade em que se situa o imóvel, procurador com poderes para receber citação. Cita-se o curador designado, com nomeação restrita à causa, quando o réu sofrer de algum distúrbio ou estiver impossibilitado de receber a citação (art. 218, § 3º).

Os entes despersonalizados que são admitidos como parte, mas que não constam do rol do art. 12, serão representados ou presentados em juízo por aquela pessoa que exerça as funções de administração, gerência, direção, liderança, conforme se constate no caso concreto. Exemplos: a Câmara de Vereadores será presentada por seu presidente; a faculdade, por seu diretor; a tribo ou grupo tribal, pelo seu cacique, FUNAI ou Ministério Público etc.

A capacidade processual pressupõe a capacidade de ser parte. É possível ter capacidade de ser parte e não ter capacidade processual; a recíproca, porém, não é verdadeira.

A capacidade processual é requisito de validade dos atos processuais e a sua falta é sempre sanável, na forma do art. 13 do CPC. A não-sanação da incapacidade processual gera conseqüências diversas, conforme se trate do autor (extinção do processo, se for único; em caso de litisconsórcio, exclui-se o autor incapaz), réu (prosseguimento do processo à sua revelia) e terceiro (exclusão do processo). Não é correto, pois, afirmar, peremptoriamente, que a incapacidade processual da parte implica a extinção do processo. Diante disso, somente a capacidade processual do autor pode ser vista como requisito processual de todo o procedimento.

> Além disso, deve-se lembrar, conforme será dito no capítulo sobre invalidades processuais, que há uma tendência doutrinária no sentido de aplicar aos "pressupostos processuais" o sistema das invalidades do CPC, que veda a decretação de nulidade se não houver prejuízo. Assim, por exemplo, se o autor incapaz não regulariza sua representação processual, mas é possível acolher o seu pedido, não deve o magistrado extinguir o processo sem exame de mérito (art. 13, I, do CPC): deve acolher o pedido, determinando a correção do defeito de representação apenas para a instância recursal, porque a ausência de representação não causou prejuízo ao demandante (a incapacidade é uma forma de proteger o incapaz, lembre-se).

23. Art. 1.791 do CC-2002, parágrafo único: "Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio". Art. 1.314 do CC-2002: "Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la".

Há uma estreita relação entre a capacidade processual e a capacidade material (capacidade de exercício), conforme demonstra a regra do art. 7º do CPC. No entanto, há a figura da incapacidade puramente processual, que dá azo à participação do curador especial, como no caso do réu revel citado por edital ou com hora certa. Os cônjuges, em alguns casos adiante examinados, embora tenham plena capacidade civil, sofrem mitigações em sua capacidade processual. Nada impede, também, que a lei crie situações de incapacidade material e capacidade processual plena, como aquela que a até bem pouco tempo ocorria no âmbito dos Juizados Especiais: conferia-se capacidade processual plena ao maior de dezoito anos, que, até janeiro de 2003, vigência do Código Civil de 2002, era relativamente incapaz. O incapaz sem representante, por exemplo, tem capacidade processual para pedir a designação de um curador especial que o represente (art. 9º, I, do CPC). Há, portanto, autonomia entre os regramentos das capacidades processual e material.[24] Do mesmo modo, um cidadão-eleitor com dezesseis anos, embora relativamente incapaz no âmbito civil, tem plena capacidade processual para o ajuizamento de uma ação popular.

5.2. Capacidade postulatória

Por fim, o último "pressuposto processual" relacionado às partes: a capacidade postulatória ou postulacional *(ius postulandi)*.

Já se viu que os atos processuais exigem um especial tipo de capacidade de exercício denominado de capacidade processual: não basta simplesmente a capacidade para a prática de atos materiais para que se possam praticar validamente os atos processuais, que exigem capacidade específica.

Alguns atos processuais, porém, além da capacidade processual, exigem do sujeito uma capacidade técnica, sem a qual não é possível a sua realização válida. É como se a capacidade, requisito indispensável à prática dos atos jurídicos, fosse bipartida: a) capacidade processual; b) capacidade técnica. A essa capacidade técnica dá-se o nome de capacidade postulatória. Frise-se: há atos processuais que não exigem a capacidade técnica, (por exemplo, o ato de testemunhar e o ato de indicar bens à penhora); a capacidade postulatória somente é exigida para a prática de alguns atos processuais, os postulatórios (pelos quais se solicita do Estado-juiz alguma providência).

A capacidade postulacional abrange a capacidade de pedir e de responder. Têm-na os advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministério Público e, em alguns casos, as próprias pessoas não-advogadas, como nas hipóteses do art. 36 do CPC, dos Juizados Especiais Cíveis (causas inferiores a vinte salários-mínimos), da causas trabalhistas e no *habeas corpus*.

O pedido de concessão de "medidas protetivas de urgência", pela mulher que se alega vítima de violência doméstica e familiar, pode ser formulado *diretamente* pela suposta

24. Percebeu o ponto, fazendo referência a situações peculiares do direito italiano, PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile.* 4 ed. Napoli: Jovene Editore, 2002, p. 303.

ofendida, que, para tanto, tem capacidade postulatória. Não é necessário, portanto, que esteja acompanhada de advogado ou defensor público (art. 19, *caput* e § 1°, e art. 27, ambos da Lei Maria da Penha).[25] A capacidade postulatória é concedida à mulher, neste caso, apenas para formular a demanda das "medidas protetivas de urgência" (arts. 22-24 da Lei Federal n. 11.340/2006); não a tem, porém, para o acompanhamento do processo a partir daí. Segue-se, assim, o modelo da lei de alimentos (art. 2° da Lei 5.478/1968).[26] Recebida a demanda, após examinada a possibilidade de concessão de medida liminar, deve o magistrado determinar a integração da capacidade postulatória da autora, seja pela constituição de um advogado, seja pela designação de um defensor público (art. 18, II, Lei 11.340/2006).[27]

As pessoas não-advogadas precisam, portanto, integrar a sua incapacidade postulatória, nomeando um representante judicial: o advogado.

Como se trata de um requisito de validade, é preciso pensar a capacidade postulatória à luz do sistema de invalidação dos atos processuais, que, conforme examinado em capítulo próprio, impede a decretação da invalidade se do defeito do ato não decorrer prejuízo. Busca-se, sempre, o aproveitamento do ato processual.

O estagiário é, juridicamente, um relativamente incapaz: relativa incapacidade postulatória, pois pode praticar os atos privativos da advocacia assistido por um advogado – e ainda há atos que pode praticar sozinho. É o que dispõe o art. 29 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB:

> "Art. 29. Os atos de advocacia, previstos no Art. 1° do Estatuto, podem ser subscritos por estagiário inscrito na OAB, em conjunto com o advogado ou o defensor público.
>
> § 1° O estagiário inscrito na OAB pode praticar isoladamente os seguintes atos, sob a responsabilidade do advogado:
>
> I – retirar e devolver autos em cartório, assinando a respectiva carga;
>
> II – obter junto aos escrivães e chefes de secretarias certidões de peças ou autos de processos em curso ou findos;
>
> III – assinar petições de juntada de documentos a processos judiciais ou administrativos.
>
> § 2° Para o exercício de atos extrajudiciais, o estagiário pode comparecer isoladamente, quando receber autorização ou substabelecimento do advogado".

25. Art: 27 da Lei Federal n. 11.340/2006: "Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei".
26. "Art. 2°. O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe".
27. "Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas: (...) II - determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso".

Partindo dessas duas premissas, a SDI 1 do TST consolidou a OJ n. 319, cujo texto merece transcrição: "Representação regular. Estagiário. Habilitação posterior. Válidos são os atos praticados por estagiário se, entre o substabelecimento e a interposição do recurso, sobreveio a habilitação, do então estagiário, para atuar como advogado". A procuração outorgada a um estagiário deve ser aproveitada como instrumento da representação judicial, se o estagiário, ao tempo da prática do ato, já era advogado; não há necessidade de nova procuração, pelo fato de o estagiário ter adquirido a plena capacidade postulatória, com a habilitação para o exercício da advocacia.

A falta de capacidade postulatória do autor implica extinção do processo, se não for sanada; a do réu, o prosseguimento do processo à sua revelia; a do terceiro, a sua exclusão da causa. Mais uma vez, somente a capacidade postulatória do autor pode ser vista como requisito de admissibilidade do procedimento. A capacidade postulatória do réu e do terceiro é requisito de validade dos atos postulatórios que praticarem. Como se trata de capacidade, bifurcação da capacidade processual exigida para a prática de alguns atos processuais, é requisito de validade (art. 104, CC-2002) dos atos processuais.

Há outra questão, porém, que merece cuidadoso exame.

O parágrafo único do art. 37 do CPC afirma que a não-ratificação dos atos praticados por advogado sem procuração importará havê-los por inexistentes. A partir do texto legal, seria possível defender que a capacidade postulatória é "pressuposto processual" de existência. O Superior Tribunal de Justiça acolheu a terminologia no enunciado 115 da súmula da sua jurisprudência predominante: "Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos" – a propósito, o rigor desse enunciado é manifesto: não há preocupação com a qualidade das decisões, mas apenas com a rapidez com que são proferidas; não há razão para impedir-se a ratificação do ato em sede de tribunal.

Não é o caso de seguir a terminologia do CPC, manifestamente equivocada.

Antes de comentar o dispositivo, cabe uma observação: o ato foi praticado por quem poderia praticá-lo, ou seja, um advogado. Não há incapacidade postulatória. O que não há é a prova da representação voluntária, negócio jurídico que, no caso, serviria para a integração da incapacidade técnica da parte.

A situação não é de inexistência, mas, sim, de ineficácia do processo ou do ato em relação àquele que supostamente seria a parte, mas que não outorgou o instrumento de representação.[28] "A falta de poderes não determina nulidade, nem existência".[29] Trata-se de ato cuja eficácia em relação ao suposto representado submete-se a uma condição legal

28. Corretamente identificando a questão como atinente ao plano da eficácia, DEMARCHI, Juliana. "Ato processual juridicamente inexistente – mecanismos predispostos pelo sistema para a declaração da inexistência jurídica". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 13, p. 52. Também assim José Maria Tesheiner: "... a sentença acaso proferida será ineficaz com relação a quem podia ter ratificado a inicial, mas não o fez. Ineficácia declarável a qualquer tempo, independentemente de ação rescisória". (*Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 284).
29. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 27.

resolutiva: a ratificação. Não há falta de capacidade postulatória, pois o ato foi praticado por um advogado, que a tem; o vício é na representação, que não restou comprovada. É aplicação direta do quanto disposto no art. 662 do CC-2002.[30]

Mas não é só.

a) O advogado será responsabilizado pelas perdas e danos, em razão da extinção do processo instaurado sem que lhe tenha sido outorgada a procuração: se o processo não existisse juridicamente, seria inconcebível e ilógico colocar a extinção do "nada jurídico" como suporte fático do dever de indenizar.

b) A situação é similar à do processo instaurado por uma parte ilegítima: é como se o advogado, que não foi autorizado a demandar, estivesse pleiteando em juízo direito alheio, sem que tivesse legitimação extraordinária para tanto; é como se o autor fosse o advogado, não o seu pretenso representado.

c) Admitir ratificação de ato inexistente é, no mínimo, uma contradição lógica.[31]

d) Conforme foi visto, tudo aquilo que se coloca posteriormente à prática do ato, como exigência para a produção dos seus efeitos jurídicos, somente pode ser considerado como condição, fato que opera no plano da eficácia; o ato processual, no caso, produz efeitos imediatamente, mas fica subordinado a condição resolutiva.

A situação muda de figura quando se trata de ato praticado por quem não é advogado – na primeira hipótese, o ato é praticado por *advogado* sem instrumento de representação.

O caso é regulado pelo art. 4º do EOAB: "São nulos os atos privativos de advogados praticados por pessoa não inserida na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas". Aqui, corretamente, o caso é de invalidade, pois ser *advogado* é requisito para a prática do ato – todo requisito de validade é um dado que tem de ser coeso à formação do ato jurídico para que ele possa produzir os efeitos pretendidos. Aqui, está-se diante de verdadeira falta de capacidade postulatória, pois o ato foi praticado por quem não a tem; o ato, pois, foi praticado sem o preenchimento do requisito subjetivo da capacidade.

5.3. Competência

A competência do órgão jurisdicional é requisito de validade do procedimento que o magistrado porventura vier a conduzir e, por conseqüência, da decisão que vier a prolatar. A competência foi estudada em capítulo específico.

30. "Art. 662. Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar". Trata-se de consagração de entendimento doutrinário, e que corrigiu as confusões que antes reinavam sobre o tema.
31. Também neste sentido, DEMARCHI, Juliana. "Ato processual juridicamente inexistente – mecanismos predispostos pelo sistema para a declaração da inexistência jurídica", cit., p. 52.

5.4. Imparcialidade

A imparcialidade é requisito processual de validade; portanto, o ato do juiz parcial é ato que pode ser invalidado. Há dois graus de parcialidade: o impedimento e a suspeição. A parcialidade é vício que não gera a extinção do processo: verificado o impedimento/suspeição do magistrado, os autos do processo devem ser remetidos ao seu substituto legal. Os atos decisórios praticados devem ser invalidados.

O exame das conseqüências processuais da parcialidade do magistrado será feito por ocasião do estudo das exceções de impedimento e suspeição.

Convém lembrar, por oportuno, que a imparcialidade e a competência são pressupostos processuais relativos ao juiz que derivam da garantia fundamental do direito ao juiz natural, conforme examinado no capítulo sobre jurisdição.

6. REQUISITO PROCESSUAL OBJETIVO INTRÍNSECO: RESPEITO AO FORMALISMO PROCESSUAL

Os requisitos intrínsecos de validade podem ser reunidos sob a seguinte rubrica: respeito ao formalismo processual.

Considera-se formalismo processual a totalidade formal do processo, "compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação da sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas as suas finalidades primordiais".[32]

Como conjunto das regras que disciplinam a atividade processual, o formalismo exerce papel fundamental no contexto do estudo da tutela jurisdicional. De acordo com o pensamento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, podem ser citadas algumas funções do formalismo processual: a) indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo; b) circunscrever o material processual que poderá ser formado; c) estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento; d) emprestar previsibilidade ao procedimento; e) disciplinar o poder do juiz, atuando como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado, pois "a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes;"[33] f) controle dos eventuais excessos de uma parte em face da outra, atuando por conseguinte como poderoso fator de igualação (pelo menos formal) dos contendores entre si, seja no plano normativo, impondo uma distribuição equilibrada dos poderes das partes, seja no plano de fato, impondo a paridade de armas, garantindo o exercício bilateral dos direitos; g) formação e valorização do material fático

32. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 1997, p. 06/07.
33. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 1997, p. 07-08.

de importância para a decisão da causa; e, ainda, h) determinar como, quando e quais os julgados podem adquirir a imutabilidade característica da coisa julgada.[34]

Não há confundir-se, embora a homonímia, o formalismo de que se trata com o formalismo fetiche da forma; este último, na verdade, deformação daquele.

Pode-se dizer que o formalismo responde às perguntas: como funciona (o processo) e quais são as regras do jogo. Trata-se – em linguagem simples – do regulamento da disputa. O cerne do formalismo processual está no procedimento – espinha dorsal, na feliz expressão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.[35]

Por isso, o desrespeito ao formalismo processual implica invalidade do ato jurídico processual/procedimento. É difícil imaginar uma hipótese em que o desrespeito a um destes requisitos importe a extinção do processo (art. 267, IV, do CPC). Submetidos que estão ao sistema de nulidades, sempre deverá buscar-se o aproveitamento dos atos processuais ou a sanação do vício; somente se impossível a correção/aproveitamento é que o ato não deve ser aceito e, se for o caso, o processo ser extinto.

É muito importante advertir: a nulidade somente poderá ser decretada após a investigação da existência de efetivo prejuízo e desde que obedecidas, ainda, com rigor, as diversas regras que compõem o sistema de nulidades do CPC (arts. 243-250), cujo objetivo principal é exatamente o de evitar a decretação das nulidades. Relacionar os requisitos de validade com o sistema de nulidades do CPC é absolutamente fundamental para que se faça a correta interpretação dos dispositivos legais.

Assim, exemplificativamente, podem ser citados os seguintes requisitos objetivos intrínsecos de validade: a) petição inicial apta; b) comunicação dos atos processuais, inclusive e principalmente a citação; c) respeito ao princípio do contraditório; d) obediência ao procedimento, como, por exemplo, a necessidade de intimação da parte para manifestar-se sobre documento juntado ao processo pela outra; e) escolha correta do procedimento.

7. REQUISITOS PROCESSUAIS OBJETIVOS EXTRÍNSECOS OU NEGATIVOS

Os requisitos objetivos extrínsecos também são conhecidos como requisitos negativos, pois são fatos que não podem ocorrer para que o procedimento se instaure validamente. São fatos estranhos à relação jurídica processual (daí o adjetivo "extrínseco"), que, uma vez existentes, impedem a formação válida do processo (procedimento).

Não se trata de simples requisito do ato jurídico processual; na verdade, é requisito de validade do próprio processo, enquanto procedimento. Conforme veremos, de acordo

34. O formalismo, conforme conceito exposto, é construído de modo a que o processo atinja os fins para os quais foi criado. Ainda de acordo com o pensamento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, podem ser alinhados, como fins – e, por conseqüência, valores, visto o inegável entrelaçamento entre estas noções – os seguintes: justiça, paz social, segurança e efetividade (*O formalismo no processo civil*, p. 65-73).
35. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 111.

com a teoria das invalidades um ato pode ser defeituoso por fatos que lhe são anteriores ou contemporâneos: no caso, o ato complexo procedimento já nasce viciado por fatos que lhe antecedem.

A princípio, são vícios insanáveis.[36] Por isso, o reconhecimento da existência de algum desses fatos inexoravelmente levará à extinção do processo – salvo se disser respeito a apenas parcela da demanda (litispendência parcial, p. ex.), hipótese em que haverá inadmissibilidade parcial da causa, sem a extinção do processo, que prosseguirá em relação à parcela restante.

A circunstância de a existência de um desses fatos levar à extinção do processo é um dos motivos que levou o legislador a dar-lhes tratamento normativo distinto em relação aos outros "pressupostos processuais": deu-lhes incisos próprios (V e VII) no rol do art. 267, retirando-os da incidência da regra geral do inciso IV do mesmo artigo.

São exemplos: a litispendência, a coisa julgada, a perempção e a convenção de arbitragem. Também é "pressuposto processual" negativo, específico para as demandas em que se pretende o reconhecimento de domínio (*ações petitórias*), a pendência de processo possessório em que se discuta esse domínio: não pode estar pendente demanda possessória em que se discuta domínio, para que prossiga a ação petitória ajuizada tendo em vista o mesmo objeto (art. 923 do CPC).[37] O art. 11 do Estatuto da Cidade[38] dispõe que, na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petitórias ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo. A inexistência de processo de usucapião especial urbana se torna pressuposto processual negativo (extrínseco) de validade das demandas petitórias e possessórias que digam respeito ao imóvel usucapiendo. Adapta-se, aqui, a idéia já prevista para as ações possessórias.

8. REGRAMENTO PROCESSUAL DAS PESSOAS CASADAS

8.1. Consideração introdutória

O casamento é fato jurídico que repercute de forma bastante significativa no processo civil, mais especificamente em relação à capacidade processual das pessoas casadas. Essa capacidade processual possui regramento próprio: artigos 10 e 11 do CPC, que serão objeto de estudo mais delongado.[39] Há relação, no particular, entre o Código Civil e o Código

36. Diz-se a princípio, pois, como veremos no capítulo sobre as invalidades processuais, se a causa da extinção do processo desaparecer (p. ex.: o processo que estava pendente, e que autorizou a extinção por litispendência, foi extinto sem exame do mérito), desaparece o óbice para a repropositura da demanda.
37. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 8, t. 3, p. 386.
38. "Na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petitórias ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo".
39. O art. 350, par. ún, CPC, cuida da capacidade do cônjuge para confessar, nas causas em que se discutam imóveis: a confissão de um só é eficaz com o consentimento do outro. Também aqui incide o art. 1.647 do CC-2002, adiante examinado, que dispensa essa autorização nos casos de casamento sob regime da

de Processo. Os arts. 10 e 11 do CPC-73 apenas repercutem o regramento já contido na legislação material nos arts. 1.643 a 1.648, adiante examinados.

8.2. Capacidade processual dos cônjuges nas ações reais imobiliárias

8.2.1. O art. 1.647 do CC-2002

O artigo 1.647 do CC-2002[40] cuida dessas hipóteses de ilegitimidade: não tem o cônjuge legitimidade para, sem autorização do outro, praticar os atos ali arrolados. Interessa, neste momento, o inciso II desse artigo, que restringe a capacidade processual das pessoas casadas nas demandas reais imobiliárias: a participação de ambos os cônjuges, nessas hipóteses, é exigida. Essa restrição da capacidade visa proteger o patrimônio imobiliário familiar.

8.2.2. A restrição da capacidade processual e a ressalva prevista no Código Civil de 2002

O inciso II do art. 1.647 do CC-2002 tem cunho eminentemente processual. Cuida da capacidade processual das pessoas casadas, no pólo ativo, e da exigência de litisconsórcio passivo, nas causas relacionadas a direitos reais imobiliários. O inciso também se aplica às causas que versem sobre direitos reais imobiliários sobre a coisa alheia, por força do inciso I deste mesmo artigo, que a eles faz referência ("gravar de ônus real").[41]

Conforme ressalvado no *caput* do artigo 1.647 do CC-2002, não se aplica a exigência de participação do consorte quando o casamento se der em regime de separação absoluta de bens (arts. 1687-1688 do CC-2002). "As vedações são aplicáveis aos regimes de bens de comunhão parcial, de comunhão universal e de participação final de aqüestos",[42] no último caso se não houver acordo pré-nupcial neste sentido. Trata-se de uma mudança promovida pelo CC-2002: é que, de acordo com o CC-1916, havia exigência de consentimento prévio do cônjuge para a prática dos atos enumerados no art. 235 do código revogado, qualquer que fosse o regime de bens.

Em razão de a restrição de capacidade (exigência de consentimento prévio do outro cônjuge), de que cuida este artigo, não mais subsistir nas hipóteses de matrimônio sob o regime da separação, algumas regras processuais devem ser interpretadas à luz deste novo regramento.

---

separação absoluta.

40. Art. 1.647. "Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; (...)"
41. NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.* 6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 286.
42. LÔBO, Paulo. *Código Civil Comentado.* São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI, p. 258. Em sentido contrário, NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.* 6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 285.

As exigências previstas no *caput* e no §1º do art. 10 do CPC deixam de incidir quando se estiver diante de partes casadas entre si sob os regimes da separação absoluta.[43] Há dúvida se essa ressalva aplica-se a qualquer regime de separação de bens, legal ou convencional. Com razão Humberto Theodoro Jr., que afirma não haver razão para a distinção: se o regime for o da separação de bens, pouco importa se por força de lei ou manifestação de vontade, fica dispensada a vênia conjugal.[44] Também se dispensa o consentimento do consorte nos casos de casamento sob regime da participação final dos aqüestos, com cláusula no pacto antenupcial em que se permita a alienação/oneração de bem imóvel sem a autorização do outro cônjuge (art. 1.656 do CC-2002).[45]

O cônjuge somente pode demandar em juízo sobre um direito real imobiliário se o outro lhe der autorização neste sentido (art. 10, *caput,* CPC-73). "A locução legal é ampla e abrange, além das ações diretamente relacionadas aos direitos reais catalogados" no Código Civil, "quaisquer outras, ainda que indiretamente relacionadas com aqueles direitos", como as ações envolvendo hipoteca, a demolitória, a divisória, a nunciação de obra nova etc.[46]

Não é caso de litisconsórcio ativo necessário, figura, aliás, que não existe – ninguém pode ser obrigado a demandar em juízo somente se outrem também assim o desejar. Trata-se de norma que tem o objetivo de integrar a capacidade processual ativa do cônjuge demandante. "Dado o consentimento inequívoco, somente o cônjuge que ingressa com a ação é parte ativa; o que outorgou o consentimento não é parte na causa".[47] Nada impede, porém, a formação do litisconsórcio ativo, que é facultativo.

Quando a causa versar sobre direito real imobiliário, na coisa própria ou em coisa alheia, ambos os cônjuges devem ser citados (art. 10, §1º, I e IV, CPC).[48] Aqui, diversamente, trata-se de hipótese de litisconsórcio passivo necessário.

---

43. No mesmo sentido, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Algumas regras do Novo Código Civil e sua repercussão no Processo – prescrição, decadência etc." *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2003, n. 5, p. 81; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado.* Antônio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 69.
44. THEODORO Jr., Humberto. *O Novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual.* Disponível em: http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo52.htm, consultado em 22.10.2004, às 11h04. Miguel Reale também entende que se não devem tratar distintamente os regimes da separação obrigatória e da separação convencional (*Estudos preliminares do Código Civil.* São Paulo: RT, 2003, p. 62-63). Retifica-se, assim, o entendimento defendido em DIDIER Jr., Fredie. *Regras processuais no Novo Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117 – já na segunda edição desta obra não consta mais a posição que restringe a ressalva à separação convencional.
45. Art. 1.656 do CC-2002: "No pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final nos aquestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares".
46. ASSIS, Araken de. "Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória". *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo.* São Paulo: RT, 2001, p. 127.
47. Incisos I e IV do § 1º do art. 10 do CPC: "Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações: I - que versem sobre direitos reais imobiliários; (...) IV – que tenham por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges".
48. "A previsão abrange também as hipóteses de vínculos e restrições impostos pelo testador ou pelo doador, como inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade... Aqui não se trata de ação fundada em

O Código Civil não cuidou do problema da participação dos cônjuges nas ações possessórias (que não são demandas reais, pois o direito à proteção possessória não é direito real, embora muitas vezes com os direitos reais se relacione). O CPC trata do assunto no §2º do art. 10: a participação do cônjuge, nestes casos, se restringe às situações de composse e às causas que disserem respeito a ato por ambos praticado.[49] Há duas observações importantes a fazer em torno desse parágrafo segundo: a) em relação ao pólo ativo, refere-se exclusivamente às ações possessórias imobiliárias, embora não haja menção a essa qualidade no texto legal, que foi introduzido pela reforma de 1994 exatamente para esclarecer a extensão do *caput* e do § 1º do art. 10 às ações possessórias – e esses dispositivos, como visto, somente se referem às ações imobiliárias; b) fala o dispositivo em "participação do cônjuge", locução que deve ser interpretada à luz dos outros enunciados do art. 10: no pólo ativo, a "participação do cônjuge" dar-se-á pelo consentimento;[50] no pólo passivo, será exigido o litisconsórcio necessário.

Nos casos mencionados, poderá o cônjuge que não foi ouvido: a) ingressar no processo e pedir a anulação dos atos até então praticados; b) ajuizar ação rescisória (art. 485, V, do CPC-73), se a demanda tiver sido ajuizada pelo outro cônjuge sem o seu consentimento e já houver trânsito em julgado; c) ajuizar ação de nulidade *transrecisória* (p. ex.: art. 741, I, CPC-73) ou ação rescisória, se não tiver sido citado em ação real ou possessória imobiliária proposta contra o seu cônjuge.[51]

Mas não é só.

O § 2º do art. 655 do CPC[52] impõe a intimação do cônjuge do devedor, quando houver penhora de bem imóvel. Esta exigência impõe a formação de um litisconsórcio ulterior necessário no processo de execução e a sua falta é vício que pode ser argüido a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 47 do CPC). A intimação, nesses casos, justificava-se na regra de direito material que condicionava a alienação de imóvel ao consentimento do outro cônjuge.[53] Como esta exigência não mais se aplica aos casos de casamento sob o regime da separação absoluta, ou de participação final nos aqüestos, havendo pacto antenupcial

direito real, pois a causa de pedir está restrita aos fatos que, no entender do autor, revelem a existência ou o direito à constituição ou extinção de um desses ônus. A pretensão não tem fundamento em direito real". (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit. p. 72.)

49. § 2º do art. 10 do CPC: "Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de composse ou de ato por ambos praticados".
50. Em sentido diverso, para quem o dispositivo contempla "um dos poucos casos de litisconsórcio necessário ativo", BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit. p. 73.
51. Sobre o cabimento, nestes casos de litisconsorte necessário não-citado, de *querela nullitatis* e até mesmo ação rescisória, ver FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória". In: *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 243-268.
52. § 2º do art. 655 do CPC: "Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do executado".
53. "A regra se revela simétrica à que exige vênia conjugal nos atos voluntários de alienação ou de oneração dessa espécie de bens". (ASSIS, Araken. *Manual do processo de execução*. 7 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 646).

neste sentido (art. 1.656 do CC), quando houver penhora de devedor casado sob um desses regimes, é desnecessária a intimação a que alude o parágrafo já mencionado.[54]

As restrições aplicam-se a ambos os cônjuges, sem qualquer distinção entre marido e mulher. Deve o artigo ser interpretado restritivamente, porque se trata de norma que limita o exercício de direitos.[55]

8.2.3. Forma e prova do consentimento

A lei não prevê forma para o consentimento – diversamente do que fez com a aprovação (art. 1.649, par. ún., CC-2002), que é um consentimento concedido posteriormente à prática do ato. O consentimento prévio é, a princípio, ato de forma livre (art. 107 do CC-2002). Nada impede, por exemplo, que a autorização para a propositura de ação real imobiliária (art. 1.647, II) seja dada na própria petição inicial, eis que, em relação à prova do consentimento, se aplica a regra do art. 220 do CC-2002, segundo a qual "a anuência ou a autorização de outrem, necessária à validade de um ato, provar-se-á do mesmo modo que este, e constará, sempre que se possa, do próprio instrumento". Há, porém, outros meios de prova, por exemplo: a) assinatura da procuração para o advogado que atuará na causa; b) documento criado com essa exclusiva finalidade, que será anexado à petição inicial.

8.2.4. Aplicação na união estável

Questão das mais tormentosas é a da aplicação desses dispositivos (art. 1.647 do CC-2002; art. 10 do CPC-73) à união estável. Como é possível intuir, há duas possibilidades, antagônicas entre si, de interpretação do texto legal.

Embora só se refira aos cônjuges, há quem defenda a extensão das exigências deste artigo à união estável, sob o argumento de que a ela se aplicam as regras da comunhão parcial de bens (art. 1.725 do CC-2002), salvo se houver contrato escrito em que se estabeleça a separação absoluta.[56] Se se trata de um bem que pertence à comunhão, a sua alienação não poderia prescindir do consentimento de ambos os companheiros.

Cumpre advertir o seguinte: o terceiro, neste caso, ficaria um tanto desprotegido, em razão da ausência de registro da união estável. Convém que o terceiro observe esta circunstância na hora de celebrar o contrato. De todo modo, fica-lhe garantido o direito de regresso contra o companheiro que contratou sem consentimento. Não se nega que, na situação, haverá um conflito de interesses entre duas pessoas de boa-fé: o terceiro e o companheiro enganado. Um dos dois haveria de ser prestigiado. À luz do art. 226, *caput*, da CF/88, que aponta para a circunstância de que o Estado deve dar especial proteção à

54. Anteviu a questão Araken de Assis, *Manual do processo de execução*. 7 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 646.
55. LÔBO, Paulo. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI, p. 258.
56. LÔBO, Paulo. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI, p. 258.

família (no caso, a união estável), fica-se com a interpretação que protege o patrimônio familiar.[57]

Há como pensar em sentido contrário, porém.

É que, como não há registro da existência da união estável, e embora a publicidade da relação seja um requisito para a configuração desta entidade familiar, realmente torna-se difícil ao terceiro proteger-se de eventuais prejuízos, não se podendo aplicar o regime processual especial aos companheiros.[58] O problema aumenta de tamanho quando se percebem as dificuldades de estabelecer, com precisão, os limites temporais da união estável – desde quando a relação pode ser considerada como juridicamente tutelada, a exigir a participação do companheiro na prática dos mencionados atos? A segurança jurídica fica sobremodo comprometida. Nesse caso, assegura-se ao companheiro(a) prejudicado o direito de regresso contra a sua companheira(o).

A questão merece tratamento expresso do legislador. De cara, convém a imediata reforma do inciso II do art. 282 do CPC, de modo a se tornar obrigatória, na qualificação das partes, a menção à existência de união estável (aliás, como já vêm fazendo os bancos nos contratos de mútuo). A despeito da ausência de regramento expresso, as partes têm o dever de informar, em suas qualificações, a relação de companheirismo, sob pena de litigância de má-fé.

Os valores em jogo têm *status* constitucional e merecem a atenção redobrada do intérprete/aplicador. O princípio da proporcionalidade, como é cediço, deve ser observado, como critério de harmonização de conflitos deste porte. Propomos a seguinte interpretação: a) se se trata de união estável notória, a participação do companheiro, ao que parece, deve ser exigida, impondo-se a sua intimação; b) se, embora não sendo notória, for alegada nos autos, convém que também se providencie a integração do ato com a intimação do companheiro faltante; c) se não houver notoriedade nem menção nos autos, após o trânsito em julgado caberá ao companheiro preterido apenas a pretensão regressiva contra o seu companheiro, não sendo possível cogitar de qualquer caso de rescindibilidade da sentença. A solução, porém, não pode ser alcançada em um juízo abstrato (em tese); cabe

57. "Por fim, reputo imperioso reservar o mesmo regime do art. 10 do Código de Processo Civil para as situações em que há união estável, sob pena de violar o comando do art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Evidentemente que a existência deste regime pode demandar a necessidade de prova a cargo do interessado. O que releva, no entanto, é que, naqueles casos em que se sabe da existência da união estável, deverão os companheiros ser citados como litisconsortes, observando as regras aqui estudadas". (BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 42). Também neste sentido, reconhecendo as "consideráveis dificuldades para se apurar a existência deste tipo de relação informal", ASSIS, Araken de. "Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória". *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo.* São Paulo: RT, 2001, p. 126.

58. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado,* cit., p. 71; TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1, p. 455-456.

ao magistrado, à luz do caso concreto, diante das suas particularidades, valendo-se da técnica da proporcionalidade, encontrar a solução adequada.

8.2.5. O controle da ilegitimidade processual do cônjuge

Há uma difícil questão que merece análise especial: pode o magistrado controlar *ex officio*, ou por provocação do réu, a ilegitimidade processual do cônjuge, que demandou sem o consentimento do outro, ou esse controle somente pode ser feito a partir da provocação do cônjuge preterido? Pode o magistrado indeferir a petição inicial por falta de comprovação da outorga? Diante da regra segundo a qual cabe ao magistrado o controle dos pressupostos processuais (art. 267, § 3º, CPC), não haveria maiores dúvidas quanto à possibilidade de o juiz controlar também a capacidade processual dos cônjuges.

Sucede que, por força do art. 1.649 do CC-2002, somente o cônjuge preterido tem legitimidade para pleitear a invalidação do ato praticado sem o seu consentimento.[59] Não pode o magistrado invalidar a demanda sem que o cônjuge preterido o provoque – e isso mesmo se o réu apontar a falta de comprovação do consentimento.[60]

Essa situação, contudo, deixaria o processo permanentemente instável, pois a qualquer tempo poderia comparecer o cônjuge preterido, solicitando a invalidação dos atos praticados; ou, caso não comparecesse ao longo do processo, o que é ainda mais grave, poderia ajuizar ação rescisória da sentença por violação aos textos legais mencionados. O réu ficaria submetido a situação bastante desigual, pois a sua vitória ficaria na dependência de o cônjuge preterido ficar em silêncio.

Há, pois, um conflito a ser resolvido: de um lado, a regra material que restringe a legitimidade para argüir a invalidade, de outro, a utilidade do exercício da função jurisdicional, que sempre deve ser protegida (existindo, para isso, o poder geral de cautela do art. 798 do CPC).

A solução que mais bem compatibiliza os dispositivos é a seguinte: deve o magistrado, de ofício ou a requerimento, determinar ao autor que traga a comprovação do consentimento; se não a trouxer, deve o magistrado, valendo-se do poder geral de cautela e observando o seu dever de velar pela igualdade processual (art. 125, I, CPC), determinar a intimação do cônjuge preterido, que poderá (a) se calar, quando se presumirá o consentimento, (b) expressamente aprovar os atos já praticados, dando o consentimento para o prosseguimento do processo, (c) negar o consentimento, quando então poderá o magistrado não admitir o procedimento, invalidando a demanda por incapacidade processual.

59. Art. 1.649 do CC-2002: "A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal".

60. Em sentido diverso, reconhecendo a possibilidade de controle *ex officio* da falta de autorização, embora reconheça que a questão é polêmica, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 70-71.

8.2.6. Suprimento judicial do consentimento (art. 11 do CPC e art. 1.648 do CC-2002)

O magistrado poderá suprir o consentimento de um dos cônjuges, se houver recusa sem justo motivo ou quando for impossível ao cônjuge concedê-la (art. 1.648 do CC-2002[61] e art. 11 do CPC-73).

Não há como conceituar, em abstrato, o que seja justo motivo. Será no caso concreto, diante das peculiaridades da situação que se lhe apresenta, que o magistrado averiguará a relevância do motivo da recusa do consentimento.[62]

A impossibilidade de concessão do consentimento, no entanto, é situação objetiva: toda vez que um dos cônjuges não puder dar o consentimento, em razão de impossibilidade física, permanente ou temporária, poderá o magistrado suprir a outorga. É o que pode ocorrer quando um dos cônjuges estiver gravemente enfermo ou desaparecido, ou quando um deles estiver servindo o país em uma guerra.

O art. 11 do CPC traz norma semelhante.

O pedido de suprimento judicial da outorga será processado de acordo com as regras da jurisdição voluntária. Adotar-se-á o procedimento regulado nos arts. 1.103-1.111 do CPC-73. O outro cônjuge deverá ser citado, sob pena de nulidade, pois é interessado (art. 1.105 do CPC-73). Quando não puder manifestar-se (caso de impossibilidade de concessão da autorização, por exemplo), deverá o magistrado nomear-lhe curador especial, a fim de resguardar os seus interesses (art. 9º, I, do CPC-73, aplicado por analogia). O Ministério Público deverá ser ouvido, necessariamente, também sob pena de nulidade (arts. 84 e 1.105 do CPC-73). Da decisão que conceder ou negar o pedido, caberá apelação (art. 1.110 do CPC-73). Em situações de urgência, é possível a concessão de provimento antecipatório, desde que preenchidos os requisitos genéricos previstos no art. 273 do CPC-73.

Cabe ao magistrado (juízo singular) com competência material para as causas de família o suprimento da autorização marital/uxória prevista neste artigo. Cumpre advertir, porém, que a competência territorial será a do domicílio do cônjuge que se recusa ou está impossibilitado de fornecer o consentimento (aplicação analógica do disposto no art. 94 do CPC-73).[63] Esse pedido de suprimento deve ser feito antes do ajuizamento do

61. Art. 1.648 do CC-2002: "Cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la".
62. Também neste sentido, SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Novo Código Civil Comentado.* São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.461. Eis os exemplos de Paulo Lôbo: a) quando se prova que o ato é vantajoso ou necessário para ambos os cônjuges ou para a família; b) quando o ato de liberalidade (fiança, aval e doação) não leva a riscos desarrazoados ao patrimônio familiar (*Código Civil Comentado,* p. 258).
63. Diante da igualdade dos cônjuges prevista constitucionalmente, não se deve mais aplicar a regra do art. 100, I, do CPC-73, que poderia ser usada como parâmetro para a analogia, que prestigia o foro do domicílio da esposa para as causas que disserem respeito ao casamento.

processo, normalmente; em caso de urgência, é possível o ajuizamento sem o suprimento, pedindo ao magistrado da causa prazo para comprová-lo. Se o magistrado competente para a causa também o for para suprir o consentimento, nada impede que, já na petição inicial, se peça o suprimento da outorga. Neste caso, imprescindível a instauração de um incidente processual, em que seja ouvido o outro cônjuge – quando isso for possível – e o Ministério Público. Esse incidente deve suspender o processo.

8.3. Dívidas solidárias e litisconsórcio necessário entre os cônjuges (incisos II e III do § 1º do art. 10 do CPC)

Os incisos II e III do § 1º do art. 10 do CPC[64] trazem duas regras que revelam uma desarmonia entre o direito processual e o direito material: impõem o litisconsórcio necessário passivo entre os cônjuges, quando demandados por dívidas solidárias. A solidariedade passiva dos cônjuges, nos casos previstos naqueles incisos, possui um regramento processual diverso daquele previsto para a generalidade das obrigações solidárias: o credor não pode escolher um dos devedores para demandar, sendo eles casados entre si – retira-se, aqui, o benefício do art. 275 do CC-2002.[65] O CPC impõe o litisconsórcio necessário sem norma de direito material que dê qualquer indicação nesse sentido.

Eis as hipóteses.

Primeiramente, o inciso II impõe o litisconsórcio quando se tratar de demanda resultante de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles. São hipóteses de causas de responsabilidade civil. O art. 942 do CC-2002 prevê a responsabilidade solidária de todos os co-autores da ofensa.[66] Há solidariedade passiva por força de lei (art. 265 do CC-2002), mas o fato de os co-autores serem casados entre si redefine o regime jurídico processual dessa obrigação solidária, retirando do credor o benefício do art. 275 do CC-2002, impondo o litisconsórcio necessário.[67]

Agora, o inciso III.

Ao mesmo tempo em que submete o cônjuge à necessidade de consentimento prévio do outro, para a prática de certos atos (art. 1.647 do CC-2002; art. 10, *caput*, CPC-73),

64. Art. 10, incisos II e III, do CPC: "II - resultantes de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles; III - fundadas em dívidas contraídas pelo marido a bem da família, mas cuja execução tenha de recair sobre o produto do trabalho da mulher ou os seus bens reservados..."
65. Art. 275 do CC-2002: "O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto".
66. Art. 942 do CC-2002: "Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. *Parágrafo único*. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932".
67. "Não fossem os autores casados, a responsabilidade solidária tornaria desnecessária a formação do litisconsórcio (CC, art. 942). A existência da sociedade conjugal, todavia, afasta a faculdade de escolha conferida ao credor pelo legislador material". (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado,* cit., p. 71.)

a legislação cuidou de especificar alguns atos que podem ser praticados sem a vênia conjugal (art. 1.643 do CC-2002).[68] Trata-se de atos relacionados à administração da economia doméstica.

Esta permissão aplica-se a qualquer regime de bens. Cria-se uma presunção legal *iure et de iure* de que o cônjuge está, nesses casos, autorizado pelo outro cônjuge a contrair dívidas. "Assim, não pode o outro cônjuge alegar a falta de sua autorização, quando ficarem evidenciadas as despesas de economia doméstica, que ele e os demais membros da família foram destinatários. Não se incluem as despesas suntuárias ou supérfluas, ainda que tendo destino o lar conjugal, pois não se enquadram na economia doméstica cotidiana".[69]

O art. 1.644 do CC-2002[70] cria uma regra de solidariedade legal (art. 265 do CC-2002) entre os cônjuges, com relação às dívidas contraídas para os fins de administração da economia doméstica. Nos casos de cobrança de tais dívidas, em razão da solidariedade legal e da regra do art. 10, § 1°, III, CPC-73, exige-se a formação de litisconsórcio passivo necessário entre os cônjuges, para que se possam atingir os bens de ambos os cônjuges. Como observa Paulo Lôbo, "essa norma, em conjunto com os arts. 1.659, IV, e 1.664, encerram as hipóteses nas quais o patrimônio comum responde por dívidas contraídas por um dos cônjuges".[71] Embora solidária a dívida, nesses casos os devedores-cônjuges devem ser demandados conjuntamente, e não isoladamente.

A redação do inciso III do § 1° do art. 10 do CPC precisa ser revista: não se restringe mais ao marido a possibilidade de contrair dívidas em nome da família nem se pode mais falar de bem reservado da mulher. Viu-se que ambos são autorizados a contrair as dívidas para a economia doméstica e que ambos respondem por elas solidariamente. Justificava-se o inciso em razão da possibilidade de a mulher responder, com seus bens, por dívidas contraídas em benefício da família (art. 246, par. ún., do CC-1916, e art. 3° da Lei Federal n. 4.121/62). Como agora há solidariedade legal, é desta forma que deve ser lido o mencionado dispositivo da legislação processual: a cobrança de dívidas oriundas dos negócios previstos no art. 1.643 do CC-2002 deve ser dirigida a ambos os cônjuges, em litisconsórcio necessário, se se quiser executar bens de ambos os cônjuges.[72] A falta de citação de um deles impede que a sentença lhe possa produzir qualquer efeito, embora possa ser executada em face do cônjuge já citado (o caso aqui é de litisconsórcio necessário simples).

68. Art. 1.643 do CC-2002: "Podem os cônjuges, independentemente de autorização um do outro: I – comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica; II – obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir".
69. LÔBO, Paulo, *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI, p. 252.
70. Art. 1.644. "As dívidas contraídas para os fins do artigo antecedente obrigam solidariamente ambos os cônjuges".
71. LÔBO, Paulo. *Código Civil Comentado*, p.252.
72. Em sentido diverso, para quem, nos casos de dívida contraída pela mulher, com base nos arts. 1.643 e 1.644 do CC-2002, tendo em vista a inexistência de previsão de litisconsórcio necessário, é desnecessária a citação do marido na demanda proposta contra a devedora, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 72.

9. O CURADOR ESPECIAL

A incapacidade processual deve ser suprida, em algumas situações (art. 9° do CPC), pela designação de um representante processual *ad hoc* denominado *curador especial*. Para o correto entendimento da integração da capacidade processual nessas hipóteses, impõem-se esclarecimentos sobre os seguintes pontos: a) hipóteses em que ele deve ser nomeado; b) qual a natureza jurídica do curador especial; c) a razão de ser do instituto; d) quais os limites temporais da sua atuação; e) de que poderes está investido o curador especial; f) quem pode ser curador especial.

a) Nos casos em que houver réu-revel citado fictamente (por edital ou por citação com hora certa), réu preso, parte incapaz cujos interesses se choquem com os do representante legal ou que não o tenha, deve o juiz nomear, até mesmo *ex officio*,[73] um curador especial para proteger e resguardar seus interesses (art. 9°, I e II, do CPC-73). Há situações em que há incapacidade processual, a despeito da existência de capacidade de direito material. A autonomia da relação jurídica processual autoriza que se identifique alguém com incapacidade apenas para a prática de atos processuais.

Primeiro, o inciso I do art. 9° do CPC. Nomeia-se o curador especial para a parte incapaz (incapacidade absoluta ou relativa) civil: quer porque não possui representante, quer porque está em litígio com ele. A nomeação de curador especial não supre a incapacidade material; o representante é designado para o suprimento da incapacidade processual. Convém advertir que a nomeação do curador especial, nessas causas, não dispensa a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, fundada no inciso I do art. 82 do CPC-73. Se houver incapazes em ambos os pólos da relação processual, impõe-se a nomeação do curador especial para ambas as partes.[74] A nomeação de curador especial para o incapaz também deve ser aplicada às pessoas jurídicas e aos entes formais, quando o órgão que a presente ou a pessoa que a represente não puder praticar os atos processuais necessários à sua defesa.[75]

Nos casos do inciso II, o curador vem representar em juízo sujeito capaz materialmente, mas incapaz processualmente. Trata-se de incapacidade puramente processual. O que justifica a curatela especial é a ausência física do réu, seja porque revel após citação ficta, seja porque está preso; reputa-se que, em ambas as situações, se encontra o demandado em posição de fragilidade para defender-se em juízo.[76] A nomeação de curador especial é uma técnica para equilibrar o direito de ação e o direito de defesa.[77]

73. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 1, p. 259.
74. ALVIM, José Manoel Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 43.
75. ROCCO, Ugo. *Tratado di Diritto Procesuale Civile*. Torino: Unione Tipográfico Editrice Torinense, 1957, v. 2, p. 131. O art. 78 do Código de Processo Civil italiano cogita a nomeação de curador especial às associações não reconhecidas.
76. Ovídio Baptista tem visão um pouco diversa, não considerando ser caso de incapacidade: "Nas hipóteses do inc. II do art. 9°, o juiz não supre a incapacidade do réu preso ou do revel, mas apenas sua ocasional impossibilidade de fazerem-se representar no processo. Eles poderão ser incapazes, não todavia por estarem presos ou tornarem-se revéis". (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 85.)
77. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 248.

A nomeação do curador especial para o réu-revel citado fictamente "deve-se à incerteza quanto a ter o ato atingido seu escopo".[78] Neste caso, haverá revelia sem efeitos da revelia, pois o réu-revel será defendido pelo representante designado pelo juiz – trata-se de mais uma hipótese, além daquelas previstas no art. 320 do CPC, em que não se produz a confissão ficta, a despeito da contumácia do réu.[79] Se o *réu-revel* comparecer, a presença do curador especial torna-se desnecessária, cessando a sua atuação. Se a revelia decorreu de citação inválida, a atuação do curador especial não tem aptidão de corrigir o defeito,[80] que poderá ser argüido por *querela nullitatis* (arts. 475-L, I, e 741, I, CPC).

No caso do réu-preso, o CPC-73 dispensa a revelia para que se nomeie o curador especial, inovando em relação ao CPC-39 (art. 80, § 1º, "b").[81] Assim, de acordo com a letra da lei, mesmo que o réu-preso constitua advogado, impõe-se a nomeação do curador especial.[82] É discutível, atualmente, a permanência de regra semelhante (tratamento diferenciado do réu-preso), ainda mais quando se tem notícia de que réus-presos, em certos presídios, têm mais facilidade de defesa e acesso a informações do que muita gente solta.[83] Parece que a incapacidade processual do réu-preso deve ser averiguada *in concreto*, não se justificando a existência de uma presunção legal absoluta de sua fragilidade; diante de réu-preso que constituiu advogado, apresentou defesa e vem participando ativamente do processo, não se justifica o reconhecimento dessa incapacidade processual.[84]

78. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit. p. 65. Assim, com amplas referências, FARIAS, Cristiano Chaves de. "A atividade processual do curador especial e a defesa do revel citado fictamente (garantia do contraditório)". *Revista de Direito Processual Civil.* Curitiba: Gênesis, 2001, n. 19, p. 32-37.
79. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro.* 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 99. Enunciado n. 17 do V Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada: "Não se aplica o efeito da revelia, disposto no art. 319 do CPC, ao revel que tenha sido citado por edital ou por hora certa".
80. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro,* cit., p. 291-292.
81. "§ 1º Nas comarcas onde não houver representante judicial de incapazes, ou de ausentes, o juiz dará curador à lide: (...) b) ao prêso e ao citado por edital, ou com hora certa, quando revéis".
82. Neste sentido, ASSIS, Araken de. "Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória". *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo.* São Paulo: RT, 2001, p. 134; ALVIM, José Manoel Arruda. *Manual de Direito Processual Civil.* 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 51; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 1, p. 260-261.
83. "Realmente, se o preso contestou a ação, sem reclamar ao juiz qualquer dificuldade para defesa de seu direito, não se vê justificativa para se lhe dar curador especial. A finalidade deste é permitir ampla atuação da parte do processo. Se o preso não alega dificuldades decorrentes de sua situação e que prejudiquem a sua defesa, não se vê motivo para a nomeação do curador, a qual, em certos casos, lhe poderá até ser onerosa". (BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v.1, p. 73.)
84. "A nomeação somente deverá ocorrer se o réu não contestar ou alegar dificuldades para defender-se no processo". (NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante.* 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 411). Pontes de Miranda, que adota a concepção de que a nomeação do curador especial ao réu-preso independe da sua revelia, obtempera: "Portanto, o preso tem, hoje, curador especial, seja revel ou não. A prisão apenas cria dificuldades. Se o preso constitui advogado, argumentar-se-á que não precisa de proteção de que trata o art. 9º. Não se fez incapaz, nem se

b) O curador especial é representante judicial, e não material,[85] pois sua atuação se restringe aos limites do processo: encaixa-se a figura na teoria da representação. Trata-se de um representante nomeado *ad hoc* pelo magistrado, com o objetivo de cuidar dos interesses do incapaz processual durante a causa, e somente durante ela (vide art. 9º, CPC-73). Daí a denominação curador à lide. "O curador à lide, que se nomeia ao processualmente incapaz, representa-o, ou o assiste, até que ingresse o representante legal".[86] Como se trata de meio de integração de capacidade processual por imposição legal, a falta de designação do curador especial, nestes casos, implica nulidade do procedimento desde então.

É importante observar, como fez Calmon de Passos, que o exercício da curatela especial é um múnus, do qual deve desincumbir-se o curador, sob pena de responsabilidade funcional – basta lembrar que a função é normalmente exercida por agente público, quer o defensor público, de regra, quer o membro do Ministério Público. O magistrado poderá, inclusive, designar outro curador especial, para substituir o primeiro que se comportar de maneira negligente.[87]

c) Essa representação processual do curador à lide visa regularizar a relação jurídica processual: i) Integrando a capacidade processual de incapaz que não tenha representante ou cujos interesses estejam em choque com os do seu representante; ii) Garantindo a paridade de armas e equilibrando o contraditório, quando atua na defesa do demandado, nas hipóteses do inciso II do art. 9º, que são incapazes processuais.

d) A curatela especial é sempre temporária: no máximo, durará até o trânsito em julgado da decisão final. Contudo é possível que, ao longo da litispendência, não seja mais necessária a integração da capacidade, em razão de fato superveniente que torne a parte capaz: cessação da incapacidade, nomeação do representante legal, aparecimento do réu revel, libertação do réu preso etc.

equiparou a incapaz, razão para que, *de iure condendo*, não se tivesse de riscar a referência à revelia, que estava no Código de 1939. Mas, *de iure condito*, não podemos afastar o texto vigente, e talvez a *ratio legis* tenha sido estar o preso sob pressão para outorga de poderes ao advogado, ou a alguém a quem conferia o po-der de nomeação". (*Comentários ao Código de Processo Civil.* 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 1, p. 261).
85. Araken de Assis defende que, em casos de incapacidade absoluta ou relativa, o magistrado deve partir para a solução logo no âmbito do direito material, asseverando que, "dotado o juiz da demanda de competência em razão da matéria, proverá de modo permanente, compromissando tutor ou curador para o incapaz, e, assim, cortando o problema pela raiz. Esta providência é útil e proveitosa inclusive fora do processo". ("Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória", p. 133) José Augusto Delgado defende que, se o juízo não for competente para nomear o curador definitivo, deverá ser ordenado que se proceda a essa nomeação no juízo competente. ("Sujeitos do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1983, n. 30, p. 92.).
86. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 1, p. 246. Assim, também, SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 85.
87. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 380.

e) O curador especial não é parte no processo, nem mesmo quando apresenta embargos à execução (enunciado 196 da súmula do STJ),[88] ajuíza ação cautelar ou impetra mandado de segurança contra ato judicial;[89] parte é o representado, cuja incapacidade foi regularizada com a nomeação do curador especial. Trata-se de representante processual.[90]

Suas funções são basicamente defensivas.[91] Não se lhe permite a propositura de reconvenção ou ação declaratória incidental, que não possuem função defensiva.[92] Nem mesmo a denunciação da lide nos casos de evicção (art. 456 do CC-2002; art. 70, I, CPC) é permitida, quando então não haverá para o réu qualquer comprometimento ao seu direito de regresso.[93] Tendo em vista que o chamamento ao processo não é exercício do direito de ação (ver polêmica em torno do assunto no capítulo sobre intervenção de terceiro), mas simples convocação para formação de litisconsórcio passivo, pode o curador especial promovê-lo.[94]

Está autorizado a, tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 302 do CPC, formular defesa genérica: não tem o ônus da impugnação especificada dos fatos trazidos no instrumento da demanda exatamente por não ter, a princípio, contato com a parte. Não está autorizado, porém, a dispor do direito material discutido: transigir, renunciar ou reconhecer a procedência do pedido.[95]

88. Corretamente, BERNARDI, Lígia Maria. *O curador especial no Código de Processo Civil*, cit., p. 8; STJ, 4 T., RMS n. 1.768/RJ, j. 23.03.1993, publicado no DJ de 19.04.1993, rel. Min. Athos Carneiro. Contra, entendendo que o curador especial é substituto processual, GRECO, Leonardo. *Teoria da ação no processo civil.* São Paulo: Dialética, 2003, p. 41.
89. Poderes que lhe são conferidos, visto que, sem a possibilidade de praticar tais atos processuais, a defesa do curatelado ficaria deveras prejudicada. Ver, com razão, ASSIS, Araken de. "Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória". *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo.* São Paulo: RT, 2001, p. 131. Também assim, STJ, 4 T., RMS n. 1.768/RJ, j. 23.03.1993, publicado no DJ de 19.04.1993, rel. Min. Athos Carneiro, em que se reconheceu a possibilidade de manejo também de ações cautelares e de denunciação da lide.
90. Em sentido diverso, para quem "o curador à lide não é parte, nem representa. É órgão protectivo". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 1, p. 263.)
91. ASSIS, Araken de. "Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória". *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo.* São Paulo: RT, 2001, p. 131.
92. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit. p. 67. Contra, entendendo possível o ajuizamento de reconvenção, ASSIS, Araken de. "Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória". *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo,* cit., p. 131; BERNARDI, Lígia Maria. *O curador especial no Código de Processo Civil*, cit., p. 29, que confere amplos poderes ao curador especial.
93. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit. p. 67.
94. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit. p. 67. Arruda Alvim não admite a possibilidade de reconvenção e denunciação da lide, mas reconhece a possibilidade de o curador especial interpor embargos de terceiro, que também é uma demanda, nomear à autoria, chamar ao processo e, no caso de evicção, denunciar a lide (ALVIM, José Manoel Arruda. *Manual de Direito Processual Civil.* 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 45).
95. Amplamente, FARIAS, Cristiano Chaves de. "A atividade processual do curador especial e a defesa do revel citado fictamente (garantia do contraditório)", cit., p. 34-37.

Não pode o autor desistir da demanda (art. 267, VIII, CPC) sem que o consinta o curador especial, mesmo nos casos de revelia decorrente de citação por edital ou por hora certa: a defesa apresentada pelo curador faz o réu presente em juízo, razão pela qual é imprescindível o consentimento do curador especial à proposta de revogação da demanda feita pelo autor (art. 267, § 4º, CPC).

f) Na letra do parágrafo único do art. 9º do Código de Processo civil, "nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes a este competirá a função de curador especial". A representação judicial de incapazes era considerada basicamente uma tarefa do Ministério Público, na forma do § 1º do art. 80 do CPC/39.[96] Sucede que, com a Constituição Federal de 1988, fica difícil conceber a possibilidade de o Ministério Público atuar como representante judicial de incapazes.[97]

A despeito disso, lei posterior regulou a matéria – "e a perplexidade doutrinária perdeu seu significado".[98] O art. 4º, VI, da Lei Complementar n. 80/94 atribuiu, expressamente, as funções da curatela especial à Defensoria Pública. Somente se não houver Defensoria Pública na localidade – e abstraída a questão constitucional já levantada –, deverá o juiz atribuir o múnus ao órgão do Ministério Público ou a "qualquer advogado, *ex officio* ou a requerimento da parte ou do Ministério Público",[99] ou, ainda, a qualquer pessoa capaz[100] e alfabetizada.[101] Nomeada pessoa capaz que não seja advogado, deverá o curador especial constituir advogado para regularizar a capacidade postulatória – razão mais do que bastante para justificar a recomendação de que o magistrado deve designar alguém que, além de poder representar processual, possa também suprir a capacidade postulatória.[102] Nomeado um advogado para o exercício do múnus, nada impede que ele substabeleça as tarefas de advogado a outro causídico; não poderá, porém, delegar a função de representação do incapaz processual, que é indelegável, porquanto função pública. Não se pode confundir as funções do advogado, representante que supre a

96. Antônio Cláudio da Costa Machado afirma que "interpretando histórica, lógica e sistematicamente o art. 9º do Código de Processo Civil, concluímos que o 'representante judicial de incapazes e ausentes', previsto pelo seu parágrafo único, é órgão do Ministério Público. É lei federal, portanto, que atribui ao *Parquet* a curatela especial, de sorte que nenhuma lei estadual pode dar a outro ente essa função, sob pena de violar norma da Constituição que expressamente veda aos Estados legislar sobre direito processual". (*A intervenção do Ministério Público no Processo Civil brasileiro.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 143-144).
97. Assim, por exemplo, NERY Jr., Nelson. *Código civil anotado e legislação extravagante.* 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 772.
98. BERNARDI, Lígia Maria. *O curador especial no Código de Processo Civil*, cit., p. 35.
99. ASSIS, Araken de. "Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória". *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo.* São Paulo: RT, 2001, p. 132-133. Também assim, MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil,* p. 146.
100. Contra, entendendo que somente bacharel em direito pode ser curador especial, ALVIM, José Manoel Arruda. *Manual de Direito Processual Civil.* 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 47.
101. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 1, p. 257.
102. Assim, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit. p. 65.

incapacidade postulatória, com as do curador especial, que supre a incapacidade processual, embora possam ser exercidas pela mesma pessoa.[103]

É possível que ocorra a situação de o Ministério Público ter de funcionar como curador especial – nomeado *ex vi* do art. 9°, II, CPC, em caso de réu-revel citado por edital ou hora certa – e como fiscal da lei. Nesta circunstância, dois órgãos ministeriais devem atuar no feito, um para o exercício de cada função, eis que "a atividade imparcial do fiscal da lei é inconciliável com a do curador *ad litem*, que fala por uma parte".[104] Essa situação, no entanto, dificilmente ocorrerá, tendo em vista a regra que atribui à Defensoria Pública o multicitado múnus.

103. "Surgem os problemas de ser curador especial pessoa que é advogado e de não o ser. No primeiro caso, o curador especial funciona como curador especial e como advogado; no segundo, tem de contratar advogado para que o represente. As circunstâncias mais frequentes mostram que o juiz deve nomear curador especial quem é advogado; *e. g.*, curador especial teria de se pôr a par de negócios do curatelado e providenciar quanto a honorários advocatícios e outras providências relativas ao processo". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 1, cit., p. 255). Cumpre advertir que, atualmente, a função da curatela especial cabe ao defensor público.

104. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 8, t. 3, p. 520. Também assim, ALVIM, José Manoel Arruda. *Manual de Direito Processual Civil.* 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 49. Sobre a controvertida questão da intervenção de mais de um órgão ministerial, com bastante proveito, Antônio Cláudio da Costa Machado, *Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, p. 570-575.

CAPÍTULO VI

TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS – PLANO DA EXISTÊNCIA

Sumário • 1. Nota explicativa – 2. Ato e procedimento – 3. Classificação dos fatos processuais em sentido amplo – 4. Conceito de ato processual – 5. Ato ilícito processual.

1. NOTA EXPLICATIVA

Há inúmeras maneiras de classificar os fatos jurídicos. Há, por conseqüência, também um sem-número de classificações dos *fatos jurídicos processuais*. Todas muito boas e úteis.

Há, por exemplo, as conhecidas classificações de Carnelutti[1] e Goldschmidt[2]. Não se cuidará delas neste momento. A proposta deste *Curso* é outra: não se fará um inventário das principais classificações existentes, embora se trate de empresa doutrinária louvável. O objetivo é apresentar uma classificação que seja útil na compreensão panorâmica do processo e ajude na aplicação do sistema de invalidades processuais.

Os fatos jurídicos processuais serão, neste momento, classificados de acordo com o seu suporte fático: fatos humanos e não humanos, voluntários ou não voluntários, lícitos ou ilícitos. Segue-se, como se verá, a proposta de Pontes de Miranda, desenvolvida no seu célebre Tratado de Direito Privado, e difundida com maestria por Marcos Bernardes de Mello.

Há outras classificações importantes dos fatos processuais.

É o caso, por exemplo, daquela que procura sistematizar os *pronunciamentos judiciais*, objeto de considerações mais delongadas no estudo da decisão judicial (v. 2 do *Curso*, para onde remetemos o leitor) e relevante para o estudo do *cabimento dos recursos*. Também pode ser citada a divisão que se faz doutrinariamente das *condutas das partes* em *determinantes* e *alternativas*, examinada mais à frente neste *Curso*, no capítulo dedicado ao litisconsórcio, muito útil na análise das diferenças entre litisconsórcio simples e litisconsórcio unitário.

Explicada a proposta do curso, é possível ir adiante.

1. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil.* Hiltomar Martins Oliveira (trad.) São Paulo: Classicbook, 2000, v. 2.
2. GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso.* Buenos Aires: EJEA, 1961, t. 1.

2. ATO E PROCEDIMENTO

O processo é um conjunto de atos teleologicamente organizados para a prática de um ato final (decisão): trata-se de lição velha e conhecida. Normalmente, são esses atos que compõem o processo aqueles designados como *atos processuais*.

O processo é, também e inegavelmente, *procedimento*. O procedimento é um ato-complexo. Trata-se de ato jurídico "cujo suporte fáctico é complexo e formado por vários atos jurídicos. (...) No ato-complexo há um *ato final*, que o caracteriza, define a sua natureza e lhe dá a denominação e há o *ato* ou os *atos condicionantes* do ato final, os quais, condicionantes e final, se relacionam entre si, ordenadamente no tempo, de modo que constituem partes integrantes de um processo, definido este como um conjunto ordenado de atos destinados a um certo fim"[3]. Enquadra-se o procedimento na categoria "ato-complexo de formação sucessiva": os vários atos que compõem o tipo normativo sucedem-se no tempo[4-5].

O estudo do *ato processual* não pode ignorar essa constatação: há o ato-complexo *procedimento*, verdadeiro substantivo coletivo (como o cardume, a penca e o enxame), pois exprime a idéia de coletividade, conjunto de atos que pode ser estudado como *unidade*, assim como há cada *um* dos *atos do procedimento* (petição inicial, citação, contestação etc.), que têm a sua própria individualidade e também podem ser estudados isoladamente. É possível estudar o comportamento de um *cardume* ou de um *peixe*. É possível estudar o *processo* como *unidade* ou cada uma das *unidades* que compõem o *processo*. Essa constatação é bem relevante para o estudo das invalidades processuais, conforme será visto em capítulo próprio.

3. CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS PROCESSUAIS EM SENTIDO AMPLO

No processo, é possível a ocorrência de qualquer um dos fatos jurídicos[6].

Há os *fatos jurídicos processuais em sentido estrito* (fatos jurídicos não-humanos), como a força maior (art. 265, V, CPC), a morte (art. 43, CPC)[7], o parentesco[8] (art. 134,

3. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência.* 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 137-138.
4. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 82. E arremata, classificando os "tipos complexos": "Eles são classificados como (a) tipos complexos de formação concomitante ou instantânea, (b) de formação cronologicamente indiferente e (c) de formação sucessiva. No instantâneo, todos os atos ocorrem na mesma unidade de tempo. No cronologicamente indiferente, os atos se sucedem no tempo, mas uma ordem não prefixada e necessária, pelo que podem variar indiferentemente. No de formação sucessiva, os atos se sucedem numa ordem necessária e preestabelecida. Um exemplo muito importante de tipo complexo de formação sucessiva é o processo ou procedimento". (ob. cit., p. 83.)
5. Paula Costa e Silva firma posicionamento diverso. Enquadra o processo como *acto-procedimento*, categoria que, aos seus olhos, distingue-se do *acto-complexo* (SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 100-123). Mas não deixa de reconhecer o processo como conjunto de atos agregados que preparam um ato final – que, para a autora, seria sempre uma sentença que compõe litígio.
6. Adota-se, aqui, a classificação dos fatos jurídicos sugerida por MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência.* 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
7. Em sentido contrário, para quem há apenas "mero fato jurídico processualizado", MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2005, t. 2, p. 13.
8. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos do Direito Processual Civil.* Campinas: Red Livros, 1999, p. 110.

IV), a confusão (art. 267, X, CPC) e a calamidade pública, de que pode servir de exemplo uma enchente de grandes proporções (art. 182, par. ún, CPC)[9].

> CALMON DE PASSOS não admite a existência dos chamados *fatos jurídicos processuais*, sob o fundamento de que "no processo, somente atos são possíveis. Todos os acontecimentos naturais apontados como caracterizadores de fatos jurídicos processuais são *exteriores* ao processo e, por força dessa exterioridade, não podem ser tidos como fatos integrantes do processo, por conseguinte, fatos processuais"[10].
>
> Veja, porém, que a própria sentença é encarada, em certas hipóteses, e por alguns autores, como fato jurídico[11]: no que diz respeito aos chamados *efeitos anexos* (ex.: hipoteca judiciária, art. 466 do CPC) da decisão, a sentença seria tratada pelo ordenamento jurídico como um fato e não como um ato. O tema é desenvolvido com mais vagar no v. 2 deste *Curso*.

Há os *atos jurídicos em sentido estrito*, que são a maioria, como a citação, a atribuição de valor à causa, a juntada de documento, a penhora, a confissão, a intimação etc.

Há *atos-fatos processuais – atos* reconhecidos pelo Direito como *fatos*, sendo, portanto, absolutamente irrelevante a discussão sobre a existência de vontade e sobre o seu conteúdo. Há diversos exemplos: a) *atos-fatos reais:* adiantamento de custas e do preparo (art. 511 do CPC)[12] e o testemunho; b) *atos-fatos caducificantes*:[13] a revelia (art. 319 do CPC) e a *admissão* (art. 302, CPC) – em verdade, qualquer perda de prazo serve como exemplo[14]; c) *atos-fatos indenizativos*:[15] a execução provisória que causou prejuízo ao executado, com superveniente reforma/anulação do título (art. 475-O, CPC), a efetivação

9. Neste sentido, Paula Sarno Braga, que acrescenta o "avançar da idade", pois um sujeito ao alcançar sessenta anos tem direito a uma tramitação prioritária e ao chegar à maioridade passa a ter capacidade processual (BRAGA, Paula Sarno. "Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência". *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 148, p. 310).
10. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 64-65.
11. CALAMANDREI, Piero. "Appunti sulla sentenza come fatto giuridico". *Opere giuridiche – a cura di Mauro Cappelletti.* Napoli: Morano Editore, 1965, v. 1.
12. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais,* cit., p. 68; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil,* t. 2, cit., p. 14; BRAGA, Paula Sarno. "Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual", cit., p. 312.
13. "O suporte fáctico do fato jurídico que tem por efeito a caducidade sem culpa é constituído, geralmente, por dois elementos: transcurso de um determinado lapso de tempo (=fato) + inação do titular do direito (=ato). Se houve ou não vontade quanto à omissão é dado, absolutamente, irrelevante; importa, apenas, o transcurso do tempo sem ação do titular do direito, o que caracteriza, precisamente, o ato-fato". (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*, cit., p. 118.)
14. Nesse sentido, BRAGA, Paula Sarno. "Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual", cit., p. 312. Em sentido contrário, considerando as *omissões das partes* como fatos jurídicos processuais em sentido estrito, MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2005, t. 2, p. 13; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 2, p. 471-472.
15. "Embora não contrário a direito, o ato é considerado, numa visão mais rente à realidade, em seus efeitos fácticos, representados pelos danos causados à esfera jurídica alheia. (...) Nessa espécie, o suporte fáctico suficiente é composto, apenas, por dois elementos: ato não contrário a direito + dano a patrimônio alheio

da antecipação da tutela e a medida cautelar, que tenha causado prejuízo ao requerido, dês que supervenientemente revogadas (art. 273, § 3º, e art. 811, ambos do CPC).

É possível, também, falar em *negócios jurídicos processuais*, como a renúncia ao prazo (art. 186 do CPC), a convenção processual de dilação de prazo não-peremptório (art. 182, CPC), o acordo de substituição de bem penhorado, a eleição negocial do foro (art. 111 do CPC)[16], o acordo para a suspensão do processo (art. 265, II, e art. 792, CPC), o acordo tácito de que a causa tramite em juízo relativamente incompetente (art. 114 do CPC), o adiamento negociado da audiência (art. 453, I, CPC), a desistência do recurso etc.

Note que é possível visualizar no processo tanto negócios *unilaterais* (que se perfazem pela manifestação de apenas uma vontade), como a *desistência* e a *renúncia*, quanto negócios *bilaterais* (que se perfazem pela manifestação de duas vontades), como é o caso da *eleição negocial do foro* e *suspensão convencional do andamento do processo*. Não deveria haver maiores dúvidas a respeito do tema. Parece claro que, se a *renúncia* é um negócio jurídico bilateral, como reputa a doutrina de maneira generalizada[17], não atribuir a mesma natureza jurídica à *renúncia do direito de recorrer*, por exemplo, seria incoerência que não se pode admitir.

Bem pensadas as coisas, na própria petição inicial há pelo menos o negócio jurídico processual[18] de *escolha do procedimento* a ser seguido, visualizado com mais facilidade quando o autor pode optar entre diversos procedimentos: mandado de segurança ou procedimento ordinário, Juizados Especiais ou procedimento sumário etc.

Os negócios jurídicos *bilaterais* costumam ser divididos em *contratos*, quando as vontades dizem respeito a interesses contrapostos, e *acordos* ou *convenções*, quando as vontades se unem para um interesse comum[19]. Não se nega a possibilidade teórica de um

(=fato-danoso). A vontade na prática do ato é, absolutamente, irrelevante para a incidência da norma jurídica e, portanto, para a constituição do fato jurídico." (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*, cit., p. 115).

16. Vislumbra-os, com exemplos, SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo*, cit., p. 172 ss. Paula Sarno Braga admite, ainda, a existência de negócios processuais plurilaterais – com vontades distintas, advindas de mais de dois lados, que convergem para um fim comum -, como uma suspensão convencional firmada entre opostos e opoente ou uma cláusula compromissória aposta em contrato social que deu fim à processo instaurado por um dos sócios (BRAGA, Paula Sarno. "Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual", cit., p. 314).
17. Na doutrina, por exemplo, GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil.* 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 297 e segs.
18. Vai ainda mais além Paula Costa e Silva, com argumentos muito bons, que aproxima o *acto postulativo* do ato negocial. Defende que é ato que delimita o objeto do processo e que traduz o que a parte "quer" do tribunal. Traduz manifestação de vontade, com escolha dos efeitos desejados, sendo que o tribunal fica adstrito ao que lhe foi pedido (SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo*, cit., p. 318 ss.).
19. Por exemplo, GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil.* 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 297 e segs.; BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico.* Fernando de Miranda (trad.). Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t. 2, p. 198.

contrato processual[20], mas é certo que são mais abundantes os exemplos de *acordos* ou *convenções processuais*[21].

Há *negócios jurídicos processuais* que precisam ser homologados pelo juiz, como é o caso da *desistência do processo* (art. 158, par. ún., CPC), outros não precisam desta chancela, como o negócio tácito sobre a modificação da competência relativa ou a desistência do recurso[22]. A necessidade de homologação judicial não descaracteriza o ato como *negócio*[23], assim como não deixa de ser negócio jurídico o acordo de separação consensual em que há filhos menores, apenas porque ele se submete à homologação judicial. A autonomia privada pode ser mais ou menos regulada, mais ou menos submetida a controle, mas isso não descaracteriza o ato como negócio[24]. Todo efeito jurídico é, obviamente, conseqüência da incidência de um enunciado normativo sobre um fato jurídico; ora a lei confere à autonomia privada mais liberdade para a produção de eficácia jurídica, ora essa liberdade é limitada[25].

O relevante para caracterizar um ato como *negócio jurídico* é a circunstância de a vontade estar direcionada não apenas à prática do ato, mas, também, à produção de um determinado efeito jurídico; no negócio jurídico, há escolha da categoria jurídica, do regramento jurídico para uma determinada situação.

> Há quem não admita a existência de *negócios jurídicos processuais*. Note que os argumentos contrários à existência foram rebatidos ao longo da exposição.
>
> ENRICO TULLIO LIEBMAN é um dos principais expoentes deste pensamento: "O formalismo, necessário para assegurar o movimento regular e expedito do processo e conseqüentemente a certeza e precisão dos atos em particular, que se sucedem e sobrepõem uns aos outros, não consente que se dê qualquer relevância à real vontade do sujeito. O cumprimento das prescrições formais estabelecidas em lei (entendidas em sentido amplo) confere ao ato, desde logo, condições para operar os efeitos que lhe são próprios, sendo irrelevante a intenção íntima do sujeito que o realiza e ficando excluída qualquer investigação destinada a perquiri-la".[26]

20. Admitindo, por exemplo, *contratos processuais,* ECHANDIA, Devis. *Teoria General del Proceso.* 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, s/a, p. 380-381.
21. Barbosa Moreira já havia percebido a circunstância, sugerindo, inclusive, a designação "convenção processual", "de cunho mais técnico e, sobretudo, mais aderente à linguagem do Código, que usa 'convenção' nos arts. 111, 181, 265, n. II, 333, parágrafo único, 453, n. I..." (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Convenções das partes sobre matéria processual". *Temas de direito processual – terceira série.* São Paulo: Saraiva, 1984, p. 89.) Trata-se de estudo seminal sobre o tema, de leitura obrigatória.
22. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005,v. 5, p. 333.
23. Percebeu o ponto, mais uma vez, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Convenções das partes sobre matéria processual", cit., p. 90.
24. "Não se poderia reconhecer à autonomia da vontade, no campo processual, atuação tão ampla como a que se lhe abre o terreno privatístico". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Convenções das partes sobre matéria processual", cit., p. 91.)
25. Com posicionamento semelhante, BRAGA, Paula Sarno. "Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual", cit., p. 312 ss.
26. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil.* 2ª ed. Cândido Dinamarco (trad.). Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 1, p. 226-227.

> Cândido Dinamarco, seguindo essa linha, defende não existir negócios processuais. Para o autor, o "processo em si mesmo não é um contrato ou negócio jurídico e em seu âmbito inexiste o primado da autonomia da vontade: a lei permite a alteração de certos comandos jurídicos por ato voluntários das partes, mas não lhes deixa margem para auto-regramento que é inerente aos negócios jurídicos. A escolha voluntária não vai além de se direcionar em um sentido ou outro, sem liberdade para construir o conteúdo específico de cada um dos atos realizados"[27].
>
> DANIEL MITIDIERO afirma que "é essencial à categoria conhecida como negócio jurídico, além da bilateralidade volitiva, certo espaço em que seja possível auto-regramento de vontade no que tange ao resultado da prática do ato. E tal, justamente, não se verifica na relação jurídica processual, uma vez que todos os efeitos possíveis de ocorrência em virtude de atos dos sujeitos do processo já estão normados (ou normatizados) pela legislação"[28]. A lição, como se vê, ignora os *negócios unilaterais*. A *desistência*, examinada na obra do autor, embora apenas na hipótese de ter sido apresentada após a defesa do réu (art. 267, § 4º, CPC), não é considerada *negócio processual*, pois a "única conseqüência possível é a extinção do processo sem julgamento de mérito"[29].
>
> Se essa "conseqüência" é um efeito jurídico sobre o processo, e parece não haver dúvida de que o seja, não está, aqui, então, demonstrada a existência de um negócio jurídico processual? Parece que sim.

Finalmente, existem, ainda, os *ilícitos processuais*, atos que estão em desconformidade com o Direito, de que são exemplos o *ato atentatório ao exercício da jurisdição* (arts. 14, V, par. ún., CPC), o *emprego de expressões injuriosas* (art. 15 do CPC), a *litigância de má-fé* (art. 17 do CPC), *ato atentatório à dignidade da justiça* (art. 600 do CPC) e o *atentado* (art. 879 do CPC). À sistematização dos *ilícitos processuais* se destina item próprio, mais à frente.

4. CONCEITO DE ATO PROCESSUAL

Há muita polêmica em torno do conceito de "ato processual".

É possível arrumar a divergência doutrinária em quatro correntes: a) alguns entendem que é suficiente o *produzir efeitos no processo* para que o ato seja havido como processual; b) há quem o vincule aos *sujeitos da relação processual*: apenas o ato por eles praticado poderia ter o qualificativo de processual; c) há também os que exigem tenha sido o ato praticado no processo, atribuindo à *sede* do ato especial relevo[30];

27. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros, 2001, v. 2, p.472. Em sentido bem semelhante, ROCHA, José Albuquerque. *Teoria Geral do Processo.* São Paulo: Atlas, 2003, p. 242.
28. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 2, p. 15-16.
29. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 2, cit., p. 16.
30. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 43.

d) há quem entenda que ato processual é o praticado no procedimento e pelos sujeitos processuais[31-32].

Não é este o local adequado para proceder a um exame crítico e/ou minucioso de todas as concepções doutrinárias a respeito do assunto. É suficiente, neste momento, que se esclareça qual é a noção de ato processual aqui adotada. De todo modo, como se trata de discussão doutrinária, não há concepção *certa* ou *errada*. Adota-se uma formulação teórica que pareça resolver a maior parte dos problemas suscitados.

É preciso partir da seguinte premissa: há os atos processuais e há os *atos do processo* (melhor: do procedimento), que daqueles são exemplos. O *ato do processo* é o ato que compõe a cadeia de atos do procedimento; trata-se de *ato processual propriamente dito.* Mas há *atos processuais* que não fazem parte do procedimento, como é o caso da escolha convencional do foro (art. 111 do CPC). O conceito de *ato processual* deve abranger não só os atos do procedimento como também os demais atos que interfiram de algum modo no desenvolvimento da relação jurídica processual[33].

Pois bem.

O ato jurídico ganha o qualificativo de processual quando é tomado como *fattis-pecie* (suporte fático) de uma norma jurídica processual. Todo ato humano que uma norma processual tenha como apto a produzir efeitos jurídicos em uma relação jurídica processual pode ser considerado como um *ato processual.* Esse ato pode ser praticado durante o itinerário do procedimento ou fora do *processo*. A *"sede"* do ato é irrelevante para caracterizá-lo como *processual.* Nessa acepção, *reconhecidamente ampla*, são atos processuais a *sentença* e a autorização do cônjuge (art. 10, CPC; art. 1.647, CC-2002), a citação e a transação extrajudicial, a ouvida de uma testemunha e a outorga de uma procuração judicial etc.[34]

> Alguns atos materiais ingressam no processo por meio da homologação do magistrado, como é o caso da transação (art. 269, III, CPC). A homologação

31. É a posição de Calmon de Passos: "Donde conceituar o ato processual como aquele que é praticado no processo, pelos sujeitos da relação processual ou do processo, com eficácia no processo e que somente no processo pode ser praticado". (*Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 43.) Assim, também, MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2005, t. 2, p. 14; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 2, p. 466-467.
32. Alguns pontos da polêmica expostos por SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo*, cit., p. 171 ss.
33. "Atos processuais são todos os que constituem a seqüência de atos, que é o próprio processo, e todos aqueles que, dependentes de certo processo, se praticam à parte, ou autônomos, para finalidade de algum processo, ou com o seu fim em si mesmo – *em processo*. (...) Todos os atos de promoção e incoação do processo, de formação da relação jurídica processual, de definitivação do processo, de desenvolvimento e de terminação da relação jurídica processual e de terminação do processo são *atos processuais*". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Atualização Legislativa de Sérgio Bermudes. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 12.)
34. No mesmo sentido, Paula Sarno Braga, que exemplifica a concepção com a convenção de arbitragem (BRAGA, Paula Sarno. "Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual", cit., p. 312 e 313).

processualiza o ato[35]. Note, porém, que a transação pode ocorrer em audiência; neste caso, também, não se pode dizer que a transação é um *ato do procedimento*, mas parece inegável que se trata de um ato relevante para o processo e, em nosso conceito, um ato processual.

Assim, *ato processual* é todo aquele comportamento humano volitivo que, considerado pelo Direito como relevante para o processo, está apto a produzir efeitos jurídicos na relação jurídica processual.

Não há muita utilidade, para o estudo do direito processual, afirmar que a eleição do foro, por se tratar de cláusula de um contrato, não é um *ato processual*, pois não é realizado no *processo*. Trata-se de ato importantíssimo para o processo, pois define a competência jurisdicional, *situação jurídica eminentemente processual*, tanto que é estudado pela doutrina processualista.

Toda classificação é uma arrumação do caos de acordo com critérios lógicos e razoáveis, com o objetivo de facilitar a compreensão dos fatos da vida. Não deve ser diferente o propósito quando se estuda o *fato processual* (em sentido amplo): é preciso identificar e agrupar os fatos que possam ter relevância para o direito processual, pois esses é que compõem o objeto do excerto da ciência jurídica dedicada ao estudo do processo.

5. ATO ILÍCITO PROCESSUAL

Há no processo também atos *ilícitos*: condutas que estão em desconformidade com o Direito.

Adota-se, aqui, a classificação dos ilícitos feita por FELIPE BRAGA NETTO[36], que, embora baseada na obra de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello, avança um tanto em relação a essas. Os *ilícitos* podem ser classificados de acordo com os seus efeitos em: *indenizativos, caducificantes, invalidantes* e *autorizantes.*

Ilícito indenizativo é o ato contrário ao Direito cujo efeito jurídico é o surgimento de um dever de indenizar. Exemplo mais famoso no direito processual civil é a *litigância de má-fé* (art. 17 do CPC), cujas conseqüências jurídicas estão reguladas no art. 18 do mesmo Código: "Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou".

Ilícito invalidante é a conduta contrária ao Direito cujo efeito jurídico é dar ensejo à invalidação (desfazimento) de um ato jurídico. A invalidação é a *sanção* cominada para as hipóteses em que se reconheça que o ato foi praticado sem o preenchimento de algum

35. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Atualização Legislativa de Sérgio Bermudes. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 12.
36. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

requisito havido como relevante[37], e, portanto, em desconformidade com o direito. O estudo da ilicitude processual que leva à invalidade do ato ou do procedimento é feito em capítulo próprio deste *Curso*: "Invalidades processuais".

Ilícito autorizante é a conduta contrária ao Direito que gera para o ofendido ou outro sujeito processual uma *situação jurídica ativa* que lhe permite praticar um determinado ato. É o caso, por exemplo, da conduta do executado que impede a entrada do oficial de justiça, tentando obstar a penhora, que autoriza o oficial de justiça, mediante ordem judicial, a arrombar portas, móveis e gavetas (660-662 do CPC).

Há, ainda, o *ilícito caducificante*, que é a conduta contrária ao Direito que tem por conseqüência a perda de uma situação jurídica ativa por aquele que o praticou. Trata-se de *ilícito preclusivo*. É o caso, por exemplo, do *atentado*, que pode resultar na proibição do sujeito de falar nos autos, enquanto não purgar os efeitos do *ilícito* (art. 881 do CPC). O ilícito caducificante é objeto de item próprio e estudo mais aprofundado no capítulo sobre *preclusão*, mais à frente.

37. É o que Pontes de Miranda chama de "ilícito nulificante" (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 144-145).

Capítulo VII

Invalidades Processuais

Sumário • 1. Consideração introdutória – 2. Noções básicas sobre os planos da existência, validade e eficácia dos fatos jurídicos – 3. Sistema de invalidades processuais – regras: 3.1. Sistema de invalidades processuais e sistema de invalidades do direito material; 3.2. O ato processual defeituoso produz efeitos até a sua invalidação. Toda invalidade processual é decretada; 3.3. Os tipos de defeito processual; 3.4. Não há invalidade sem prejuízo; 3.5. Intervenção do Ministério Público e invalidade; 3.6. Princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos. O princípio da fungibilidade; 3.7. Sanabilidade de qualquer defeito processual; 3.8. Invalidade do procedimento (inadmissibilidade) e invalidade de cada um dos atos do procedimento; 3.9. Invalidação de atos do juiz, das partes e dos auxiliares da justiça; 3.10. Princípios da proporcionalidade, cooperação e economia processual aplicados ao sistema das invalidades processuais; 3.11. O princípio da lealdade processual (proibição do *venire contra factum proprium)*; 3.12. Decisão sobre a invalidade e preclusão – 4. Painel doutrinário.

1. CONSIDERAÇÃO INTRODUTÓRIA

É preciso fazer um alerta: este capítulo é um pouco diferente dos outros.

Como se sabe, a teoria das invalidades processuais é assunto dos mais difíceis e polêmicos da ciência do processo. O tema é bastante complexo, notadamente para o aluno de graduação em direito (um dos destinatários deste livro). O seu exame exige, ainda, uma boa formação acadêmica sobre a teoria do fato jurídico, vista, nos cursos de direito, normalmente em Direito Civil – mas nem sempre de maneira satisfatória. A abordagem que deve ser feita, assim, em certos momentos, pode não revelar interesse *prático* ou, em outros casos, pode não ter muita importância na preparação para os concursos públicos (o *concursando* é outro destinatário deste livro). Sucede que esse curso também é lido por estudiosos do direito, que buscam, por vezes, um respaldo teórico maior, seja para o desenvolvimento das suas pesquisas, seja para a preparação das suas aulas (*professores e pós-graduandos* também são destinatários deste livro).

Resolvi, então, traçar um roteiro de leitura deste capítulo, que variará conforme as necessidades do leitor.

Assim, ao *graduando em direito*, aluno de direito processual civil, recomenda-se a leitura apenas do item 3 deste capítulo. Se o leitor é um *concursando*, parece-me indispensável a leitura, além do item 3, também do item 4, que foi escrito tendo como principal destinatário o *candidato* a uma das carreiras jurídicas públicas. A ambos, *graduando* e *concursando*, indica-se a leitura do item 2 apenas se desejarem fazer uma revisão sobre a teoria do fato jurídico ou se quiserem conhecer as premissas teóricas deste autor sobre tal assunto.

Em relação ao *estudioso do processo*, penso que a leitura de todo o capítulo pode ser interessante, quando menos para discordar dos posicionamentos aqui defendidos.

2. NOÇÕES BÁSICAS SOBRE OS PLANOS DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DOS FATOS JURÍDICOS

O fenômeno jurídico deve ser examinado em três planos distintos: existência, validade e eficácia.

O *plano da existência* refere-se aos fatos jurídicos; o *plano da eficácia*, às situações jurídicas (efeitos jurídicos, dentre os quais o mais importante é a relação jurídica).

O *plano da validade* é exclusivo de alguns fatos jurídicos, mais precisamente dos atos jurídicos (negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito),[1] fatos humanos cujo suporte fático dá relevância à vontade. Há fatos jurídicos que não "passam" pelo plano da validade, como são os casos dos *fatos ilícitos* (não se fala de nulidade do crime), dos *atos-fatos* (não se cogita da invalidade de uma pintura) e dos *fatos jurídicos naturais* (infelizmente não se invalida a morte).

A validade do ato diz respeito à eficiência com que o seu suporte fático foi preenchido. Se houver o preenchimento da *hipótese de incidência* (previsão do fato em enunciado normativo) de maneira deficiente, surgirá defeito que pode autorizar a nulificação do *ato* (= invalidação, que se refere tanto à *decretação* do nulo quanto a anulação): a destruição de um ato jurídico em razão de um seu defeito.[2]

> Não se pretende proceder a uma tentativa de distinção entre *nulidade* e *anulabilidade*; a tarefa, frise-se, é das mais árduas. Os critérios distintivos são vários, mas nem sempre o legislador é fiel às lições doutrinárias. Neste momento, cumpre apenas fazer duas observações: a) ambas são hipóteses de invalidação dos atos jurídicos, com regimes jurídicos distintos (legitimidade para arguir, forma de arguição, prazo, sanabilidade do defeito, retroatividade da decretação da invalidade etc.); b) não obstante as diferenças, a invalidação é sempre uma decisão constitutiva negativa.

Não há efeitos jurídicos nulos: os efeitos jurídicos existem ou não. É como afirma Pontes de Miranda: "Não há relação jurídica nula nem direito nulo, nem pretensão nula, nem ação nula, como não há relação jurídica anulável, nem direito anulável, nem pretensão anulável, nem ação anulável. Nulo ou anulável ou rescindível é o ato jurídico, inclusive o ato jurídico processual, como a sentença".[3]

O ato jurídico inválido existe. *Ato inexistente* não tem defeito.

1. Há quem restrinja o plano da validade aos negócios jurídicos: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 24; GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 337-354.
2. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. 4, cit., p. 3.
3. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 6, p. 141. Assim, também, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Invalidade e ineficácia do negócio jurídico". *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2003, n. 15, p. 226.

Nem todo defeito implica invalidação: a lei pode permitir a conversão do ato jurídico defeituoso em outro ato jurídico (art. 170 do CC-2002),[4] considerar o vício irrelevante ou, ainda, não obstante a falha, aproveitar o ato deficiente. A invalidação é a conseqüência mais drástica que pode advir da prática de um ato jurídico defeituoso.

A validade de um ato deve ser examinada contemporaneamente à sua formação. O ato jurídico pode nascer defeituoso. A invalidade é sempre congênita. O defeito pode estar no próprio ato (cláusula abusiva de um contrato de consumo, por exemplo) ou ser anterior a ele (coação, dolo, erro etc.), mas jamais pode ser posterior ao ato. Se o ato jurídico é válido, os fatos que lhe sejam supervenientes afetarão a sua existência ou a sua eficácia, não a sua validade. A *resolução* e a *revogação*, por exemplo, são causas de extinção de atos jurídicos por fatos supervenientes à sua formação.

O ato inválido existe – portanto pode produzir efeitos. Não é correto dizer que toda hipótese de nulidade implica a impossibilidade de o ato produzir efeito: é possível que atos nulos produzam efeitos até a sua desconstituição (veja-se a hipótese do casamento nulo) – e, como será visto adiante, é isso o que ocorre com as *invalidades processuais*.

Todo ato inválido, pouco importa o grau da invalidade, precisa ser desfeito. Saber se a nulificação (a) dá-se *ex officio* ou por provocação do interessado, (b) se gera efeitos retroativos ou *ex nunc*, (c) se está ou não submetida a prazo de decretação, (d) se pode ser feita por ação e/ou exceção, embora importantes, são questões cuja resposta dependerá do exame do direito positivo, variando conforme o regime jurídico estabelecido pelo legislador, a partir da relevância que dê a este ou aquele defeito do ato jurídico.[5] A circunstância de a nulificação retirar retroativamente os efeitos do ato jurídico ou destruir ato jurídico que não produziu qualquer efeito (nulo *ipso iure*) não é relevante para retirar-lhe a qualidade jurídica de *sanção* – portanto decretável, e não declarável. Não se declaram nulidades, *decretam-se* nulidades.[6]

É importante repensar a categoria dos atos ilícitos, normalmente relacionados apenas à responsabilidade civil ou penal. O ato inválido é o que contém um ato ilícito,

4. Art. 170 do CC-2002: "Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade".
5. Confira-se, por exemplo, o caso da simulação, que, de defeito apto a gerar simples anulabilidade no CC-1916 (art. 147, II), se transformou em defeito gravíssimo, apto a gerar nulidade absoluta do negócio jurídico no Código Civil de 2002 (art. 167). Sobre o tema, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 4.)
6. Arremata Pontes de Miranda: "Ambas as sentenças que decretam a nulidade e a anulabilidade são constitutivas negativas...". (*Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 33). Ainda nesse sentido, GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993, p. 76-82; DALL'AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: LEJUR, 1989, p. 20; ASSIS, Araken de. "Eficácia da coisa julgada inconstitucional". *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Salvador: Edições JUSPODIVM, 2004, p. 41.

cuja sanção é a nulificação. A invalidação é a sanção cominada para as hipóteses em que se reconheça que o ato foi praticado sem o preenchimento de algum requisito havido como relevante.[7]

Não se pode confundir, ainda, o defeito com a sanção. Invalidação é a sanção e não o defeito que lhe dá causa. A coação é o defeito; a anulação é a sanção; a incapacidade é o vício, a nulificação é a sanção etc.[8] Não se pode baralhar ato defeituoso com ato inválido; ato defeituoso é o que se vê,[9] ato inválido decorre do reconhecimento do defeito pelo magistrado, com a consequente destruição do ato. Nem todo ato defeituoso é inválido (dependerá do vício), embora todo ato inválido seja defeituoso.[10]

Essas noções são conceitos lógico-jurídicos: independem do direito positivo que se examina; são noções construídas pela dogmática jurídica. Aplicam-se, portanto, ao direito processual.

É com base nessas premissas teóricas que se examinará, agora, o regramento do direito processual civil brasileiro sobre a invalidação dos atos processuais.

3. SISTEMA DE INVALIDADES PROCESSUAIS – REGRAS

3.1. Sistema de invalidades processuais e sistema de invalidades do direito material

O sistema das invalidades do direito civil é diferente do sistema das invalidades processuais. Ao sistema de invalidades processuais, todavia, aplicam-se todas as noções da teoria geral do direito sobre o plano da validade dos atos jurídicos.

O sistema das invalidades processuais é construído para que não haja invalidades.[11] A nulidade de um ato processual ou do procedimento é encarada pelo direito processual como algo pernicioso. A invalidação do ato deve ser vista como solução de *ultima ratio*, tomada apenas quando não for possível aproveitar o ato praticado com defeito. O magistrado deve sentir um profundo *mal-estar* quando tiver de invalidar algum ato processual.

7. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 144-145; GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 472; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico - plano da validade*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 45-46; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 104-106; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no* processo, cit., p. 12-17; ZANNONI, Eduardo A. *Ineficácia y nulidad de los actos jurídicos*. 3ª. reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 160-162, especialmente a nota 91, em que há amplas referências bibliográficas. Roque Komatsu, que não considera a invalidade uma sanção, fez ampla pesquisa doutrinária sobre o tema, que merece ser consultada (*Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 181, nota 18).
8. ASSIS, Araken de. "Eficácia da coisa julgada inconstitucional", cit., p. 42; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Invalidade e ineficácia do negócio jurídico", cit., p. 226.
9. DALL'AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*, cit., p. 14.
10. DALL'AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*, cit., p. 22.
11. Daí a surpresa de Pontes de Miranda: "O que logo surpreende o leitor do Código de Processo Civil é que, no Título V, onde se trata das nulidades, a lei mais se preocupasse com as regras jurídicas contrárias à nulidade, ou à sua decretação". (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 353).

3.2. O ato processual defeituoso produz efeitos até a sua invalidação. Toda invalidade processual é decretada

O ato processual defeituoso produz efeitos até a decretação da sua invalidade. Não há invalidade processual de *pleno direito*. Toda invalidade processual precisa ser decretada. Trata-se de lição aceita com bastante tranquilidade na doutrina nacional.[12]

3.3. Os tipos de defeito processual

Não há interesse prático na classificação das invalidades processuais. Se toda invalidade processual precisa ser decretada, e somente *o será se respeitados os princípios examinados a partir do item seguinte*, não há razão para a criação de uma tipologia das invalidades.[13] Qualquer teorização a respeito do assunto seria bastante precária, porquanto dependente sempre do direito positivo – seria uma teoria pautada em conceitos *jurídico-positivos*. As teorias devem ser construídas a partir de conceitos *lógico-jurídicos*, aplicáveis a qualquer direito positivo, independentemente de contingências.

A invalidade é sempre uma *sanção*, não havendo diferença se foi aplicada *ex officio* ou por provocação. Só há uma categoria digna de nota: a invalidade processual.

Sucede que há diversas causas de invalidade processual e o regime jurídico de inva-lidação dos atos/procedimento nem sempre é o mesmo. A distinção que precisa ser feita não é a dos tipos de invalidade. É necessário distinguir os tipos de defeito processual, a partir do regime jurídico de aplicação da *sanção* de invalidade, que dele é decorrente. Alerta-se que é impossível (e pouco útil) fazer uma sistematização exaustiva dos defeitos, tampouco é recomendável listar um número muito grande de exemplos. Como o regime jurídico da invalidação depende de regra do direito positivo, nada impede que, por uma mudança legislativa, um defeito que, antes, gerava uma invalidade sob certos pressupostos, passe a gerar invalidade submetida a um outro e bem diverso regramento.

Premissas estabelecidas, eis a tipologia sugerida.

a) Há defeitos processuais que não geram qualquer invalidade. São defeitos mínimos, chamados por muitos doutrinadores de *meras irregularidades*. São exemplos: "o advogado

12. Neste sentido, apenas para exemplificar, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 162; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., *passim*; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no* processo, cit., p. 76-82; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed, 2001, v. 2, p. 586-587; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 206-208; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. 8, p. 147; DALL'AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: LEJUR, 1989, p. 20; MITIDIERO, Daniel. "O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2005, n. 35, p. 53.
13. Nesta linha, PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 141-142; MITIDIERO, Daniel Francisco. "O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo". *In Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2005, n. 35. p. 55-56.

realiza sustentação oral sem utilizar as vestes talares, regimentalmente exigidas; o escrivão certifica haver procedido à juntada de uma 'sentença', referindo-se, em verdade, a uma decisão interlocutória",[14] desrespeito às exigências de numeração e rubrica das folhas dos autos (art. 167 do CPC) e de utilização de uso de tinta escura e indelével (art. 169 do CPC) etc.

b) Há defeitos processuais que geram invalidade que não pode ser decretada *ex officio*. Esses defeitos são raros. São situações em que a forma do ato processual é estabelecida com o objetivo de resguardar interesse particular. Normalmente, há previsão legal nesse sentido. A invalidade nesses casos deve ser requerida ou pela parte prejudicada, e o silêncio no primeiro momento que lhe couber falar nos autos a respeito implicará preclusão, ou por um terceiro (situação rara), como é o caso da invalidade de ato do cônjuge praticado sem consentimento do outro (arts. 1.649-1650[15] do CC-2002, c/c art. 10 do CPC). Um bom exemplo é o desrespeito ao comando do parágrafo único do art. 459 do CPC,[16] defeito que gera invalidade que somente pode ser requerida pelo autor, beneficiário da regra ali prevista.[17]

Cumpre lembrar que os vícios de vontade nos atos processuais das partes submetem-se ao regramento comum: somente dão ensejo à invalidade se houver provocação neste sentido (p. ex.: coação e erro podem invalidar a *confissão*, art. 352 do CPC c/c o art. 214 do CC-2002).

c) Há invalidades processuais que podem ser decretadas *ex officio*. Trata-se, normalmente, de invalidades que decorrem de *defeitos do procedimento*, ausência de "pressupostos processuais" e condições da ação (art. 267, § 3º, CPC). Em tais situações, *pendente o processo,* não há preclusão do poder de invalidar nem há restrição quanto à legitimidade para suscitá-la, tendo em vista que o magistrado pode *nulificar ex officio*.

d) Finalmente, há os defeitos que levam a invalidade que pode ser decretada *ex officio,* mas, não tendo havido impugnação da parte prejudicada, no primeiro momento que cabe a ela falar nos autos, há preclusão. Trata-se do tipo de *defeito* cuja identificação é a mais difícil. É muito importante, porém, admitir a sua existência, até mesmo para

14. TALAMINI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil", cit., p. 47. Sobre o tema das *meras irregularidades,* recomenda-se a leitura de DALL'AGNOL, Antonio Janyr. "Por um conceito de irregularidade processual". Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). *Saneamento do processo - Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 83-108.
15. "Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal. Parágrafo único. A aprovação torna válido o ato, desde que feita por instrumento público, ou particular, autenticado. Art. 1.650. A decretação de invalidade dos atos praticados sem outorga, sem consentimento, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem cabia concedê-la, ou por seus herdeiros".
16. "Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida".
17. Neste sentido, enunciado n. 318 da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça: "Formulado pedido certo e determinado, somente o autor tem interesse recursal em arguir o vício da sentença ilíquida".

mitigar a regra de que toda invalidade que pode ser decretada *ex officio* pode sê-lo a qualquer tempo, o que compromete a segurança jurídica e as finalidades do processo. Vejamos três casos: *i)* O magistrado pode invalidar uma citação *ex officio*, até mesmo porque se trata de um vício *transrescisório,* mas, se o réu apresentar a sua resposta, e não se manifestar sobre isso, há *preclusão* da possibilidade de invalidação do procedimento por tal motivo, *independemente* da verificação de ocorrência do prejuízo; *ii)* o magistrado pode determinar, *de-ofício,* a correção da escolha equivocada do procedimento, feita pelo autor, que optou pelo *ordinário* quando o caso era para o *sumário*, mas, se o réu apresentar resposta e nada falar a respeito, *preclusão; iii)* o magistrado pode reconhecer *ex officio* a sua incompetência em razão da absusividade de uma cláusula de foro de eleição, mas somente pode fazê-lo até a ouvida do réu, sob pena de prorrogação da competência (art. 112, par. ún., c/c art. 114 do CPC).

3.4. Não há invalidade sem prejuízo

A invalidade processual é sanção que somente pode ser aplicada se houver a conjugação do defeito do ato processual (pouco importa a gravidade do defeito) com a existência de prejuízo. *Não há nulidade processual sem prejuízo (pas de nullité sans grief).*[18] A invalidade processual é sanção que decorre da incidência de regra jurídica sobre um suporte fático composto: defeito + prejuízo.

Há *prejuízo* sempre que o defeito impedir que o ato atinja a sua finalidade. Em qualquer caso. Sempre – mesmo quando se trate de nulidade cominada em lei, como aquela decorrente da constatação de que uma decisão fora proferida por juízo absolutamente incompetente (art. 113, § 2º, CPC), ou as chamadas *nulidades absolutas*.[19]

Há diversos artigos do CPC que vão nesse sentido. Esse fato decorre da preocupação do nosso legislador de evitar nulidades e de lembrar ao magistrado de que, sem prejuízo, não se deve invalidar o ato processual.

O art. 244 consagra o chamado *princípio da instrumentalidade das formas*, que é uma variação do quanto aqui se disse: "Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade".[20]

O art. 248, *segunda parte*, segue essa linha, temperando o *princípio da causalidade*, logo abaixo examinado: "...a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes".

18. Teresa Wambier denomina o fenômeno de *princípio da transcendência* (*Nulidades do processo e da sentença.* 5 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 179).
19. Nesse sentido, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Nulidade processual e instrumentalidade do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1990, n. 60, p. 35-36. Em sentido bem próximo, TALAMINI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2005, n. 29, p. 51.
20. No IX Congresso Mundial de Direito Processual, realizado em Portugal, em 1991, proclamou-se que esta é, no plano internacional, a mais bela regra do atual Direito Processual. (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado.* 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 187).

O § 1º do art. 249 é no mesmo sentido: "O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte".

Por fim, mas não menos importante, o art. 250, totalmente dedicado ao tema: "O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa".

3.5. Intervenção do Ministério Público e invalidade

A falta de intervenção do Ministério Público implica nulidade do procedimento, a partir do momento em que ele deveria ter sido intimado, *ex vi* do art. 246, *caput* e parágrafo único, do CPC.[21] A participação do Ministério Público, em tais casos, é encarada como "pressuposto processual" objetivo intrínseco de validade.

O que dá ensejo à nulidade é a falta de intimação; "se intimado, deixa de intervir por qualquer motivo, nulidade não há".[22] O problema da não-intervenção, embora tenha havido a intimação, resolve-se nas esferas disciplinar e administrativa.[23] Poderá o magistrado, nesta situação, oficiar o Chefe do Ministério Público local para que, se for o caso: *i)* seja designado outro promotor de justiça para atuar efetivamente no feito; *ii)* se apure eventual infração disciplinar. Trata-se de aplicação analógica do quanto disposto no art. 28 do Código de Processo Penal.[24] Acaso o magistrado não aceite a intervenção solicitada pelo membro do Ministério Público, cabe recurso contra esta decisão.

A decretação de nulidade pela falta de intervenção ministerial deve ser apreciada em consonância com as diversas outras regras que norteiam o sistema de nulidades do processo civil brasileiro. Daí porque se mostra correta a conclusão 42 do VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada (ENTA): "A intervenção da Procuradoria da Justiça em segundo grau evita a anulação de processo no qual o Ministério Público não tenha sido intimado em primeiro grau, desde que não demonstrado o prejuízo do interesse tutelado". Da mesma forma, não se invalida o procedimento, pela falta de intervenção

21. "É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir. Parágrafo único. Se o processo tiver corrido, sem conhecimento do Ministério Público, o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado".
22. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 8, t. 3, p. 519. Também conforme, NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante.* 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 689.
23. FABRÍCIO, *Comentários ao Código de Processo Civil,* cit., p. 518.
24. Sobre o assunto, com ampla fundamentação, MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 390-393. Código de Processo Penal, art. 28: "Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender".

do Ministério Público, se a decisão for favorável ao incapaz, cuja presença em juízo é a causa da intervenção ministerial (art. 82, I, CPC).[25]

3.6. Princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos. O princípio da fungibilidade

Somente se deve nulificar um *ato do procedimento* ou o próprio *procedimento* se não for possível aproveitá-lo – do mesmo modo que a invalidação deve restringir-se ao mínimo necessário, mantendo-se incólumes partes do ato que possam ser aproveitadas, por não terem sido contaminadas.

O magistrado deve tentar aproveitar o ato processual ou o procedimento defeituoso. Eis o *princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos*, que se aplica sempre, pouco importa o grau do defeito do ato/procedimento.[26] Os artigos do CPC mencionados linhas atrás, que consagrariam o princípio de que não há nulidade sem prejuízo, também servem como fundamento normativo para a aplicação do princípio ora exa-minado.

O *princípio da fungibilidade* dos meios processuais é a manifestação doutrinária e jurisprudencial mais clara de *aplicação* do princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos. De acordo com tal princípio, é possível aproveitar um ato processual, indevidamente praticado, como outro ato (p. ex.: aproveitamento de um recurso pelo outro). Na verdade, o *princípio da fungibilidade* é a versão processual da regra da *conversão do ato nulo*, já consagrada no direito brasileiro (art. 170 do CC-2002). O *princípio da fungibilidade* diz respeito, inclusive, a qualquer juízo de admissibilidade (juízo e validade do procedimento/ato postulatório), seja relativo ao recurso, seja relativo ao procedimento principal, como vem pugnando a mais prestigiada doutrina.[27] O inciso V do art. 295 do CPC prescreve que o magistrado somente indeferirá a petição inicial por erro na escolha do procedimento se não for possível adaptá-lo. Em recente alteração legislativa, consagrou-se, por exemplo, a fungibilidade das medidas urgentes (art. 273, § 7º, CPC). Entende-se que o direito processual brasileiro consagra o *princípio* no enunciado do art. 244 do CPC, já transcrito.

25. Conclusão n. 20 do 1º Encontro Nacional de Processo Civil, 1980: "O Ministério Público pode ratificar atos de que não participou e para os quais devia ser intimado, observando o princípio do prejuízo (art. 246)". (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado.* 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 189.) Assim, também, TALAMINI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2005, n. 29, p. 51; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Nulidade processual e instrumentalidade do processo", cit., p. 36-38.
26. Corretamente, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Nulidade processual e instrumentalidade do processo", cit., p. 37-38.
27. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Fungibilidade de 'meios': uma outra dimensão do princípio da fungibilidade". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais.* Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.) São Paulo: RT, 2001, p. 1.090-1.144.

3.7. Sanabilidade de qualquer defeito processual

No direito processual, não há defeito que não possa ser sanado. Por mais grave que seja, mesmo que apto a gerar a invalidade do procedimento ou de um dos seus atos, todo defeito é sanável.[28] Não há exceção a essa regra.

Além de poder ser sanado com a repetição do ato ou a sua simples correção (regularização posterior da procuração judicial, por exemplo), o defeito pode ser sanado: a) pela preclusão da oportunidade de apontá-lo e, pois, de suscitar a invalidade; b) pela eficácia preclusiva da *coisa julgada material* (art. 474 do CPC): neste caso, cumpre verificar se o *defeito processual* transformou-se em *hipótese de rescindibilidade* da decisão judicial (art. 485, CPC); c) ultrapassado o prazo de dois anos da ação rescisória, a decisão judicial é mantida, sendo irrelevante a existência de defeitos que possam invalidá-la. Perceba-se que não há propriamente a correção do defeito em tais hipóteses. Na verdade, os defeitos remanescem, mas se tornam inaptos a servir de fundamento para a invalidade processual.

Mesmo nos casos de ausência de citação ou de citação defeituosa que gerou revelia, vícios *transrescisórios*,[29] que permitem a invalidação da decisão judicial após o prazo da ação rescisória (art. 475-L, I, e art. 741, I, CPC – ver item 3.9 a seguir), há possibilidade de suprimento do defeito pelo comparecimento do réu ao processo (art. 214 do CPC). Para Pontes de Miranda, inclusive, se o réu, citado/intimado regularmente na execução da sentença proferida em processo com tal defeito, comparecer e não o apontar, sanado está o vício, pela preclusão.[30]

3.8. Invalidade do procedimento (inadmissibilidade) e invalidade de cada um dos atos do procedimento[31]

Há invalidade do *procedimento* (conjunto de atos) e invalidade de cada um dos *atos do procedimento*. É importante essa constatação.

A nulificação do procedimento atinge o processo como um todo e está relacionada ao não-preenchimento dos requisitos de admissibilidade do processo ("pressupostos processuais" e condições da ação). São os chamados *vícios de fundo*, segundo a conhecida

28. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante.* 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 688; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Nulidade processual e instrumentalidade do processo", cit., p. 36; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença,* cit., *passim.*
29. TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2000, p. 283.
30. "Nos casos do art. 741, I, a não-arguição, tendo comparecido o executado, supre". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 11, p. 77.)
31. Sobre o tema, amplamente, DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11-51.

classificação de Teresa Wambier.[32] *Inadmissibilidade* é o *nomen iuris* da sanção de invalidade do procedimento[33] ou do ato postulatório.

Essa concepção deve ser aplicada a qualquer procedimento (principal ou incidental, de primeiro grau ou recursal, de conhecimento ou executivo etc.) e a qualquer ato postulatório, inicial ou incidental (petição inicial, contestação, recurso, pedido de produção de prova, reconvenção, impugnação ao valor da causa, denunciação da lide, conflito de competência, exceções instrumentais etc.). O *juízo de admissibilidade* é categoria que pertence à teoria geral do processo e se aplica ao procedimento e ao ato postulatório.

Cada um dos atos do procedimento tem os seus próprios requisitos de validade. A invalidação de um dos atos do procedimento é o que determina a invalidação dos demais atos que lhe seguirem (regra da *causalidade normativa*), impedindo a realização do ato final e impondo a invalidação de todo o procedimento (o conjunto de atos; o ato jurídico complexo). Os atos praticados antes daquele que se invalidou não são afetados por essa nulificação, porquanto já executados (não há nulidade por fato posterior à prática do ato, conforme apontado no item 2).

> O art. 248, *primeira parte*, do CPC, consagra o *princípio da causalidade* (ou da concatenação e da *interdependência* dos atos processuais)[34] na invalidação dos atos processuais: "Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subsequentes, que dele dependam..."

Então, relembre-se: o estudo das invalidades processuais abrange não somente os defeitos relevantes (aptos a gerar invalidade) dos atos processuais, mas, também, os defeitos de todo o procedimento. Em ambos os casos, há invalidade processual, que deve seguir todo regime jurídico ora examinado.

Admite-se que o magistrado possa, não obstante um defeito do procedimento (falta de um "pressuposto processual" de validade ou de uma condição da ação),[35] em certos casos (ressalvados o impedimento/suspeição, se a parcialidade ocorrer em favor do réu, e a incompetência absoluta), ignorando-o, avançar no mérito e rejeitar a pretensão do demandante. Isso não causaria qualquer prejuízo ao demandado, muito ao contrário.[36]

32. *Nulidades do processo e da sentença.* 5 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 197-200.
33. Também equiparando as noções de admissibilidade e de nulidade, TALAMINI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2005, n. 29, p. 44
34. WAMBIER, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença.* 5 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 180.
35. Em sentido diverso, não admitindo a aplicação do § 2º do art. 249 quando houver carência de ação, TALAMINI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2005, n. 29, p. 51.
36. Sobre o tema, amplamente, SOUSA, Miguel Teixeira e. "Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1991, n. 63, p. 66; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo.* São Paulo: RT, 2006, p. 474-481; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade e técnica processual.* São Paulo: Malheiros Ed., 2006; HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional – a instrumentalidade substancial das formas.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

Assim, por exemplo, o magistrado poderia julgar improcedente o pedido do autor mesmo diante de um defeito da sua petição inicial, como a falta de juntada de documentos indispensáveis, ou da falta de comprovação do pagamento das custas processuais. Note-se que, mesmo diante de um defeito que gera a nulidade do processo (*nulidade absoluta*, na linguagem comum dos doutrinadores), o juiz está autorizado a desconsiderá-lo, evitando a nulidade, se puder aproveitar o ato sem causar prejuízo à parte que se beneficiaria com a nulificação. Trata-se de aplicação direta do disposto no art. 249, § 2º, do CPC:

> "Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta".

3.9. Invalidação de atos do juiz, das partes e dos auxiliares da justiça

É preciso distinguir o regime da invalidação dos *atos do juiz* do sistema de invalidação dos *atos dos demais sujeitos processuais*.

Primeiramente, examinemos o sistema de invalidação das decisões judiciais.

A decisão judicial defeituosa deve ser invalidada por meio da interposição de *recurso*, pelo qual se alegue *error in procedendo*. A não impugnação da decisão implicará preclusão, ressalvada regra expressa em sentido contrário (como, por exemplo, o exame posterior de questões de ordem pública ainda não decididas, que comprometam a validade de decisão já prolatada, como pode acontecer nos termos do art. 267, § 3º, CPC). Em alguns casos, sempre antes da decisão que encerre a *instância* (o procedimento em determinado grau de jurisdição, como acontece com a sentença, art. 162, 1º, CPC), é possível pedir a invalidação da decisão por simples petição dirigida ao próprio juízo que a proferiu, que poderá invalidar a sua própria decisão – é o que acontece no reconhecimento da incompetência absoluta, que inclusive pode ocorrer *ex officio*. Após o encerramento da *instância*, ainda é possível a correção de defeitos da decisão no julgamento de embargos de declaração ou em razão de erro material (art. 463 do CPC).

Após o término do processo, com o surgimento da coisa julgada material, a decisão judicial somente pode ser desfeita por meio de *ação rescisória* (art. 485 do CPC). A coisa julgada material faz com que o defeito que poderia levar à invalidação da decisão transforme-se em *hipótese de rescindibilidade*. Transcorrido *in albis* o prazo decadencial para a propositura de *ação rescisória* (dois anos, art. 495 do CPC), a decisão judicial, por mais defeituosa que seja, não mais poderá ser desfeita.

> Convém anotar o seguinte: a *ação rescisória*, no direito brasileiro, permite a rescisão da sentença por motivos relacionados à sua *validade* (arts. 485, II e IV, p. ex.) e à sua *justiça* (art. 485, VI e VII, p. ex.). Não é correto, assim, estabelecer uma relação *fidelidade* entre a *ação rescisória* e a invalidade da decisão judicial.

No direito processual civil brasileiro, há apenas duas hipóteses de decisão judicial *existente* que pode ser invalidada após o prazo da *ação rescisória*: decisão proferida em desfavor do réu, em processo que correu à sua revelia, quer porque não fora citado, quer porque o fora de maneira defeituosa (art. 475-L, I, e art. 741, I, CPC). Nesses casos, bem denominados de *vícios transrescisórios*, impugna-se a decisão judicial por meio

de ação de nulidade, denominada *querela nullitatis*, que se distingue da *ação rescisória* não só pela hipótese de cabimento, mais restrita, como também por ser imprescritível e dever ser proposta perante o juízo que proferiu a decisão (e não necessariamente em tribunal, como é caso da *ação rescisória*). Ambas, porém, são ações constitutivas.[37]

> Assim, o *réu revel não-citado ou citado irregularmente* pode resistir aos efeitos da sentença a qualquer tempo, independentemente de ação rescisória (mas também por ela),[38] e, se for o caso, pleitear a decretação da sua nulidade por meio de: *i)* impugnação; *ii)* ação autônoma e imprescritível de nulidade da sentença (*querela nullitatis* ou *actio nullitatis*);[39] *iii) embargos à execução contra a fazenda pública* (art. 741, I, CPC) e, até mesmo, *iv)* exceção de pré-executividade.[40] É importante a ressalva, pois a hipótese do art. 475-L, I, CPC, refere-se apenas à sentença que reconhece a existência de obrigação, e portanto é título executivo, pois somente essa dá ensejo à atividade executiva. Sentenças constitutivas ou declaratórias (sem eficácia executiva), que padecessem de tal vício, não poderiam ser invalidadas pela impugnação prevista no art. 475-L do CPC, porque execução não haveria.[41]

Agora, cuidemos dos *atos das partes*.

Em relação a eles, distingue-se o modo de sua invalidação pela existência ou não de coisa julgada material.

Se *há coisa julgada material*, os atos processuais das partes tornam-se invulneráveis, não podendo mais ser invalidados. A eficácia preclusiva da coisa julgada torna anódina a apreciação da validade de tais atos jurídicos, ressalvadas as hipóteses em que isso for relevante para destruir a própria coisa julgada, como acontece nos casos do inciso VIII do art. 485 do CPC.[42]

---

37. Pontes de Miranda já advertia sobre a necessidade de se distinguirem as decisões inexistentes, rescindíveis (válidas, mas atacáveis por ação rescisória, a despeito da coisa julgada) e nulas, que, embora existentes, não valem e podem ser desconstituídas a qualquer tempo (sobre o tema, amplamente, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 6, p. 190-199).
38. Contra, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil,* 11 ed., cit., p. 107-108.
39. Corretamente, Adroaldo Furtado Fabrício, para quem "não se pode deixar de pensar em outras vias de dedução da pretensão a que se ligam os embargos do art. 741, I, fora desses embargos", inclusive a ação rescisória (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória", cit., p. 251). É importante frisar que, tendo em vista a reforma do CPC de 2005, não há mais *embargos à execução de* sentença, ressalvada a hipótese de execução contra a Fazenda Pública (art. 741, I, CPC, que agora somente diz respeito a essa espécie de execução); a defesa típica do executado far-se-á por impugnação, que não tem natureza de ação, mas de mero incidente da fase executiva. Também admitindo várias formas de impugnação, TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*, cit., p. 285. A propósito, ainda, STF, Pleno, RE 97.589-6/SC, rel. Min. Moreira Alves, j. 17.11.82.
40. Pontes de Miranda fala de *exceptio nullitatis* (*Comentários ao Código de Processo Civil.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 11, p. 83).
41. Mais uma vez, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 11, p. 86.
42. A propósito, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 146.

Se *não há coisa julgada material*, e o *processo ainda está em curso*, o ato processual da parte pode ser invalidado, se não tiver havido preclusão, *ex officio*, quando for o caso, ou a partir de simples petição dirigida ao juiz da causa (ao relator, *ad referendum* do colegiado a que pertença, quando o processo estiver em tribunal). Não é necessário o ajuizamento de demanda judicial com este objetivo específico.

> A doutrina não costuma tratar da invalidade do ato da parte. Trata-se de omissão que não se justifica. Basta pensar em dois exemplos frequentes: indeferimento da petição inicial ou do recurso, que não preencheu seus requisitos de validade, e a nulidade do ato praticado sem capacidade processual.[43] Aliás, o art. 4º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal n. 8.906/1994) expressamente reputa nulo o ato privativo de advogado praticado por quem não o seja. Aplica-se ao ato jurídico processual da parte a regra do art. 166 do CC-2002.[44]

Nada impede, porém, que, em alguns casos, a lei exija o ajuizamento de ação autônoma para invalidar o ato processual da parte, como acontece no caso da confissão (art. 352, I, c/c o art. 486, ambos do CPC), embora isso seja raro e não-recomendável, sobretudo por questão de economia processual.

Se *não há coisa julgada material*, e *o processo já se encerrou*, é possível o ajuizamento de ação de invalidação, nos termos do art. 486 do CPC – que se refere à invalidação de atos das partes e não do juiz.

Os *atos processuais dos auxiliares da justiça* são invalidados pelo juiz da causa (o que inclui o relator, *ad referendum* do colegiado a que pertença, quando o processo tramitar em tribunal), nos próprios autos e no mesmo processo, sem necessidade de ação autônoma com esse objetivo, *ex officio* ou a requerimento da parte interessada. É o que acontece, por exemplo, com o pedido de invalidação da penhora, da citação ou do ato praticado por delegação, nos termos do art. 162, § 4º, CPC.

3.10. Princípios da proporcionalidade, cooperação e economia processual aplicados ao sistema das invalidades processuais

Três dos princípios processuais já examinados no capítulo a eles destinado têm especial importância no sistema de regras de decretação das invalidades processuais. São eles: proporcionalidade (*devido processo legal substancial*), economia e cooperação.

43. Cândido Dinamarco não admite falar de nulidade de *ato da parte*: "São outras as técnicas pelas quais da invalidade se passa à sua incapacidade de produzir os efeitos desejados pelo agente". (*Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 2, p. 587.) Adota o pensamento de Cândido Dinamarco, MITIDIERO, Daniel. "O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro". *Revista de Direito Processual Civil.* Curitiba: Gênesis, 2005, n. 35, p. 51.
44. "Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção".

É importante, neste momento, voltar ao primeiro capítulo e reler o que ali se disse sobre esses três princípios.

É preciso averiguar a relação de *adequação, necessidade* e *razoabilidade* entre o defeito do ato processual e a sanção de invalidade, que dele é conseqüência. No exame da gravidade do defeito, também é indispensável *ponderar* se a invalidação do ato/procedimento não seria medida por demais drástica e não-razoável. Na verdade, o *princípio da proporcionalidade* deve ser observado principalmente na própria análise da gravidade do defeito.[45]

O *princípio da economia processual* está intimamente ligado ao sistema de invalidação dos atos processuais. Basta que se observem as inúmeras regras já examinadas, que impõem ao magistrado o dever de tentar extrair a máxima eficácia dos atos defeituosos, exatamente para evitar a sua desnecessária repetição.

O *princípio da cooperação* aplica-se ao sistema das invalidades processuais,[46] conforme apontado no capítulo sobre os princípios processuais. Essa manifestação revela-se com muita facilidade quando o magistrado cumpre o seu *dever de prevenção*, que lhe impõe a conduta de advertir às partes sobre os defeitos processuais de seus atos, dando-lhes prazo para a correção do defeito e indicando o *modo* como o defeito deva ser sanado. Cabe a lembrança, para exemplificar, do dever do magistrado de apontar o defeito da petição inicial antes de indeferi-la, exatamente para que a parte autora possa exercitar o seu direito de *emenda* do instrumento da demanda (art. 284 do CPC).

3.11. O princípio da lealdade processual (proibição do *venire contra factum proprium*)

No sistema das invalidades processuais, vige a regra que proíbe o comportamento contraditório (vedação ao *venire contra factum proprium*). Considera-se ilícito o comportamento contraditório, por ofender os princípios da lealdade processual (*princípio da confiança* ou *proteção*) e da *boa-fé* objetiva. Convém explicar o tema, a partir da lição de Judith Martins-Costa:

> "Na proibição do *venire* incorre quem exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (o *factum proprium*) contrariado pelo segundo. Consiste, pois, numa vedação genérica à deslealdade...".[47]

45. "O juiz que exerce o raciocínio decalcado no princípio da proporcionalidade sempre tentará salvar atos processuais praticados, exercitando os princípios mencionados, pois proferirá juízo de ponderação, para atingir o equilíbrio, com fulcro na necessidade, adequação e menores ônus para o processo quanto ao caminho escolhido, afastando-se os excessos". (GÓES, Gisele. *Princípio da proporcionalidade no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 180.)
46. Também relacionando o princípio da cooperação e o sistema das invalidades processuais, MITIDIERO, Daniel. "O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro". *Revista de Direito Processual Civil.* Curitiba: Gênesis, 2005, n. 35, p. 55.
47. "A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*". *Revista Forense.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 376, p. 110.

Trata-se de lição velha, embora aplicada com outros termos. Na sistematização do instituto da *preclusão* (perda de poder jurídico processual), a doutrina refere-se à *preclusão lógica*, que consiste na "impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato ou postular certa providência judicial em razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora a parte pretende e sua própria conduta processual anterior".[48] A idéia de preclusão lógica é a tradução, no campo do direito processual, do princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*.[49]

O CPC consagra a regra no art. 243: "Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa". O enunciado normativo aplica-se, segundo a maioria da doutrina,[50] apenas aos casos em que o defeito do ato processual não permite a invalidação a qualquer tempo (*nulidades relativas ou anulabilidades processuais*); se se trata de defeito que permite invalidação *ex officio* e a qualquer tempo, como, por exemplo, a incompetência absoluta, mesmo o autor, que demandou perante o juízo incompetente, e, portanto, deu causa à invalidade, poderia requerê-la – nesse caso, porém, deverá ser punido com sanção pecuniária em razão de litigância de má-fé.[51] Adota-se, então, o dogma da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Aplicada essa regra, o autor não poderia suscitar a incompetência relativa do juízo, tendo em vista que foi ele mesmo quem escolheu o foro onde a demanda foi proposta. É também em razão disso que o executado não pode pedir a nulidade da penhora feita em bem por ele espontaneamente oferecido, mesmo que se trate de bem impenhorável.

Mas a questão não é tão simples.

Há manifestações doutrinárias que apontam no sentido da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* mesmo nos casos de defeito processual que pode gerar invalidade a qualquer tempo e *ex officio* (falta de "pressuposto processual" de validade, por exemplo).

Não parece razoável, de fato, defender que a ilicitude derivada de comportamento contraditório possa ficar restrita ao campo das chamadas *anulabilidades* ou *nulidades relativas* processuais. A idéia de que as nulidades processuais estariam relacionadas a *normas cogentes*, de *ordem pública*, e que, portanto, a elas não se poderia aplicar o

48. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo civil.* 5 ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 209.
49. "A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*", cit., p. 119-120.
50. TALAMINI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2005, n. 29, p. 52; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 304; TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 1978, v. 2, p. 231; DINAMARCO, Pedro. *Código de Processo Civil Comentado.* Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 685; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. 1, p. 595.
51. Em termos bem próximos ao texto, TALAMINI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil", cit., p. 52.

princípio da proibição do *venire* (eis que se trata de princípio relacionado à autonomia privada) não parece adequada com os postulados da atual hermenêutica constitucional.[52] Parte-se de uma premissa de que sempre, em eventual conflito entre o interesse particular e um interesse protegido por norma de ordem pública, esse prepondera sobre aquele, pouco importam as peculiaridades do caso concreto. Sucede que a melhor solução não é essa.

A proteção da *boa-fé objetiva* também é manifestação do interesse público.[53] A solução mais correta é a aplicação do *princípio da proporcionalidade*, ponderando, em concreto, "o interesse público existente por trás da nulidade e o interesse, também público, na tutela da confiança e da solidariedade social".[54] A supremacia do interesse público deve ser verificada caso a caso, não sendo razoável que se estabeleça, *a priori*, que, em qualquer conflito envolvendo o interesse público e o interesse particular, deva aquela prevalecer sobre esse.[55] A prevalência do interesse público é, apenas, "uma regra abstrata de preferência em caso de colisão (*Kollisionspräferenzregel*)".[56]

Feita a *ponderação*, três são as conclusões possíveis: *i)* decretar a nulidade do ato, desconstituindo os seus efeitos; *ii)* decretar a nulidade do ato, mantendo os seus efeitos pretéritos (*decretação com eficácia ex nunc*); *iii)* não decretar a invalidade do ato, conservando-o com sua plena eficácia.[57]

3.12. Decisão sobre a invalidade e preclusão

A decisão sobre a invalidação ou não do ato/procedimento submete-se normalmente à preclusão (arts. 471 e 473 do CPC), esgotadas as possibilidades de impugnação recursal.

Nada justifica tratamento diverso, mesmo para os casos das chamadas *nulidades absolutas* ou *nulidades de fundo*. Ou seja, a decisão sobre o preenchimento ou não dos

52. Sobre a importantíssima questão dos mecanismos de solução do conflito entre os interesses públicos e os interesses privados, consultar todos os textos da coletânea de estudos coordenada por Daniel Sarmento, de que participam, além do coordenador, Humberto Ávila, Gustavo Binenbojm, Alexandre Santos Aragão e Paulo Ricardo Schier: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público.* Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
53. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 250.
54. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium,* cit., p. 258. Sobre a utilização do princípio da proporcionalidade para a solução do conflito entre o interesse público e o interesse privado, amplamente, BINENBOJM, Gustavo. "Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo". *Interesses públicos versus interesses privados.* Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 117-169; ÁVILA, Humberto. "Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'". *Interesses públicos versus interesses privados.* Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 171-215.
55. ÁVILA, Humberto. "Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'", cit., p. 202.
56. ÁVILA, Humberto. "Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'", cit., p. 185.
57. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium,* cit., p. 258.

"pressupostos processuais" submete-se à preclusão como qualquer outra. É preciso atentar para a distinção entre possibilidade de *exame da questão a qualquer tempo* e possibilidade de *reexame da questão a qualquer tempo*, o que, de acordo com os artigos citados, não é possível. O tema da preclusão da decisão sobre os requisitos de admissibilidade do processo será mais bem desenvolvido no capítulo sobre o *saneamento do processo*, em item dedicado à eficácia preclusiva do "despacho saneador".[58]

4. PAINEL DOUTRINÁRIO

A classificação doutrinária das invalidades processuais, notadamente no que diz respeito à terminologia adotada, tornou-se tema tão controvertido que, salvo algumas importantes exceções, é difícil encontrar vozes consonantes. A nossa concepção foi apresentada no item anterior. Eis, agora, as principais sistematizações encontradas na doutrina brasileira: Galeno de Lacerda, Moniz de Aragão, Teresa Wambier, Calmon de Passos, Antonio Janyr Dall'agnoll, Roque Komatsu, Eduardo Talamini, Aroldo Plínio Gonçalves, Daniel Mitidiero e José Maria Tesheiner.

Galeno Lacerda, em clássica e importante obra,[59] apresenta uma das classificações mais festejadas pela doutrina. Para isso, primeiramente divide os vícios em *sanáveis e insanáveis*. Os *insanáveis* darão ensejo às *nulidades absolutas,* que devem ser decretadas *de-ofício* a qualquer tempo, ou por provocação das partes, também em qualquer fase do procedimento, porque de interesse público e decorrentes de inobservância de normas processuais cogentes. Sucede que, por vezes, a não-observância de normas cogentes, que tutelam interesses exclusivamente particulares, darão ensejo a uma segunda espécie de nulidade: a *relativa*, oriunda, portanto, de *vício sanável*; também poderá ser conhecida *de-ofício*, mas existirá sempre a possibilidade de saneamento. Mas a *relativa* não é a única espécie de nulidade que se origina dos vícios *sanáveis*. O ilustre processualista ainda aborda a *anulabilidade,* que seria resultado de violação de normas dispositivas, e, desta forma, não caberia qualquer manifestação do juiz, competindo à parte interessada a reação adequada. Os professores Moniz de Aragão[60] e Antonio Janyr Dall'Agnoll Jr.[61] desenvolveram classificações cujo esqueleto foi montado a partir do entendimento de Galeno Lacerda, mas que guardam inovações as quais a seguir faremos referência.

Moniz de Aragão sugere, além das nulidades apontadas por Galeno Lacerda, outra modalidade em que seja possível identificar defeitos processuais. Trata-se da *irregularidade*, que se refere a "infrações que não comprometem o ordenamento jurídico, nem o interesse da parte; tampouco afetam a estrutura do ato a ponto de torná-lo inábil à produção

58. Sobre o tema, com mais referências, DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 83-99.
59. LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador.* Canoas: Editora La Salle, 1953, p. 72-73.
60. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 293-298.
61. *Invalidades Processuais.* Porto Alegre: LEJUR, 1989. p. 54-55. Faz, contudo, referência a um detalhe interessante, quando enfrenta as *nulidades relativas*. Nota que o juiz, para que possa invalidar o ato defeituoso, deve certificar-se da ocorrência de prejuízo à parte interessada.

dos efeitos a que é destinado".[62] Trata-se de uma violação ao mandamento legal que não gera efeitos danosos ao processo, daí porque ignorá-los.

Para Antonio Janyr Dall'Agnoll Jr., que estruturalmente adota também a classificação de Galeno Lacerda, as *irregularidades* também se fazem presentes no processo, definidas como atos defeituosos inaptos a gerar invalidação.

Já o processualista baiano Calmon de Passos propõe uma classificação diferente. Não aceita o binômio *nulidade relativa-absoluta*, pois afirma ser o "prejuízo para os fins da justiça do processo" o pressuposto que autoriza as nulidades processuais.[63]

Seguindo os passos do processualista baiano, Daniel Francisco Mitidiero renuncia à terminologia de Galeno Lacerda. Define a invalidade processual (nomenclatura adotada por ele correspondente ao que se entende por nulidade) como uma "conseqüência que se segue tão-somente à infração de ato aviado por agente estatal", assim identificada pelo juiz. De fato, para ele não existiria invalidade de ato da parte – raciocínio que invoca de Cândido Rangel Dinamarco –, pois às conseqüências dos defeitos da parte a lei reserva desígnios distintos daqueles praticados "por agente estatal". No seu pensamento reside ainda uma outra peculiaridade de grande dissonância com a proposta clássica, a saber, a inexistência de possibilidade de correção do ato viciado. Ao autor parece que, tendo em vista a exigência da decretação da invalidade pelo juiz, o que se tem por vício sanável, a rigor, deveria denominar-se *pré-exclusão.* Arremata, enfim, no enfrentamento do tema, que o reconhecimento da invalidade deve ser dado caso a caso.

Teresa Arruda Alvim Wambier parte de outra premissa para construir a sistematização das nulidades. Primeiramente, divide-as em nulidades de *fundo* e nulidades *de forma.* As nulidades de forma são em regra *relativas,* porque só serão absolutas quando previstas em lei.[64] A seu turno, as nulidades de *fundo* compõem os vícios relacionados às condições da ação, pressupostos processuais positivos de existência e de validade e os pressupostos processuais negativos, todas espécies de *nulidades absolutas*. Equipara, sob o ponto de vista do processo, nessa oportunidade, as *nulidades absolutas aos casos de inexistência,* argumentando partilharem o mesmo regime jurídico. Uma vez estabelecida a premissa, passa a distinguir as nulidades *relativas* das *absolutas*. Afirma, quanto à legitimidade para alegar, que, em relação às *absolutas*, tanto as partes quanto o juiz poderia suscitá-las, enquanto em relação às *relativas* somente às partes seria atribuído tal poder jurídico. No que se refere ao tempo da alegação, entende não precluir em hipótese alguma possibilidade de alegação da *nulidade absoluta*, mas a da *nulidade relativa* precluirá sempre que transcorrido o prazo legal ou, na falta desse, sempre que a parte não se manifestar na primeira oportunidade que lhe aparecer nos autos. Em última análise, cita as meras

62. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 298.
63. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 141-142.
64. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença,* 5 ed., cit., p. 197.

irregularidades, tomando por base principalmente as lições já mencionadas de Antonio Janyr Dall'Agnoll Jr.[65]

Por fim, Eduardo Talamini[66] propõe uma classificação bastante original, desta vez tripartida. O professor paranaense classifica as nulidades em *meras irregularidades, nulidades relativas e nulidades absolutas.* As meras irregularidades são inobservâncias que "nem mesmo em tese têm como gerar prejuízo às partes ou terceiros nem mesmo à Jurisdição".[67] Já as *nulidades relativas* seriam exatamente aquilo que identifica como *anulabilidade.* E as *nulidades absolutas,* a seu turno, compreenderiam as *relativas e as absolutas* propostas por Galeno Lacerda. Isto ocorre porque o parâmetro de que se socorre para fazer essa sistematização é o grau de impositividade das normas. Se cogente a norma violada, tratar-se-á de *nulidade absoluta.* Se dispositiva, estaremos diante de um problema de *nulidade relativa.*

José Maria Tesheiner, a seu turno, não propõe uma classificação sistematizada, mas aqui traremos um apanhado das suas idéias relacionadas ao tema. Salienta, de início, que erra o código de processo civil ao referir-se somente às nulidades de forma, seguindo a linha adotada por Teresa Wambier. Alerta "que a circunstância de tratar-se ou não de nulidade cominada nada nos diz sobre a possibilidade de ser ou não decretada de ofício".[68] Essa decretação relaciona-se exclusivamente com o caráter público da norma violada e o prejuízo que trará a sua inobservância à continuidade do procedimento. Por isso, não se propõe a traçar uma classificação exauriente, mas se incumbe da tarefa de indicar se "a falta implica mera irregularidade, nulidade sanável ou insanável, nulidade decretável de ofício ou dependente de arguição da parte", só sendo possível realizá-la após a identificação do mandamento legal desobedecido. Seriam as nulidades, em regra, decretáveis *de-ofício*, havendo ou não, na lei, cominação expressa da nulidade. Mas a obra do processualista a que ora nos referimos não responde ao questionamento de quando, ainda que raros os casos, deve a parte provocar o juiz para que então ele se habilite a decretar a invalidade do ato. No que concerne à possibilidade de correção dos atos, diz Tesheiner que, quando o ato defeituoso não causou prejuízo, ele não pode ser sanado, pois ele é válido, tendo em vista que atingiu sua finalidade, embora faça referência a "raros casos" em que se deve desconsiderar o requisito do prejuízo. Já quando aborda a problemática da preclusão, entende serem *nulidades preclusivas* aquelas decorrentes de ação ou omissão ilegal, que tenha impedido a parte no momento oportuno de exercer suas faculdades e ônus no processo.

Já o professor mineiro Aroldo Plínio Gonçalves[69] inicia o enfrentamento do tema fazendo algumas críticas sobre o trabalho de Carnelutti, de onde surge o seu raciocínio:

65. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença.* 5 ed., cit., p. 232-246.
66. TALAMINI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil", cit., p. 47-48.
67. TALAMINI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil", cit., p. 47-48.
68. TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2000, p. 118-119.
69. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo.* Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 82-102.

a) o vício do ato não tem força para produzir nulidade; é o poder jurisdicional que a decreta; b) discorda peremptoriamente da classificação proposta com base na eficácia do ato, em que o ato sobre o qual incidiu a *nulidade absoluta* teria a eficácia excluída (ou seja, não produziria efeito algum), enquanto a *nulidade relativa* representaria uma condição suspensiva (o ato seria validado após a sanação) e a anulabilidade uma condição resolutiva (o ato seria válido até que fosse decretada a nulidade). Mas adverte o autor com boa dose de razão: nenhum vício impede a eficácia do ato no processo. A invalidação só se opera pela decretação de nulidade, mediante a demonstração do prejuízo, elemento que autoriza a invalidação do ato viciado. Num segundo momento, Aroldo Plínio Gonçalves redireciona suas críticas à doutrina iniciada por Galeno Lacerda. Conforme anota, as nulidades não são sanáveis ou insanáveis, mas sim os vícios. No processo os atos têm efeito imediato, ainda que contenham vícios. Outra crítica que impiedosamente desfere contra a doutrina clássica é acerca da utilização do critério da natureza das normas, se públicas ou privadas, a fim de relacioná-las com as *nulidades absolutas e relativas,* por não conceber normas de caráter privado no âmbito do processo. Eis enfim a classificação que propõe: as *nulidades absolutas* são as *cominadas*, decretáveis *de-ofício* pelo juiz em qualquer fase do processo e pela parte em momento oportuno. As *relativas e as anuláveis* são *não-cominadas,* alegáveis somente pela parte prejudicada pelo ato viciado. A forma deve ser observada de modo geral, mas deve ser relevado o vício que não causou prejuízo e a lei não estipulou nulidade em face dele.

Não obstante, Roque Komatsu[70] nega a relação estabelecida por Aroldo Plínio Gonçalves, ao afirmar que, perante o direito positivo, não há como identificar as *nulidades absolutas* com as *cominadas e* as *relativas* com as *não-cominadas*, mais ou menos como pensa José Maria Tesheiner. As nulidades são distinguidas em razão do aspecto teleológico da norma violada, ou seja, em razão da natureza pública ou privada do fim que busca atingir. Dos vícios essenciais, alguns se evidenciam insanáveis, justamente porque dizem respeito à infração de norma cogente. Outros são sanáveis, porque se relacionam com infrações de normas que tutelam o interesse da parte. Os insanáveis levam à *nulidade absoluta.* Os sanáveis levam à *nulidade relativa* (norma cogente) ou *anulabilidade* (norma dispositiva). Diante dos vícios insanáveis o juiz deve decretar a nulidade. Diante dos sanáveis ocasionadores de nulidade relativa, ele pode decretá-la, observando a ocorrência de prejuízo. Quando à anulabilidade, ao juiz é defeso decretá-la *de-ofício*, cabendo tal tarefa à parte prejudicada. Se a parte não se manifesta, o ato é convalidado automaticamente.

70. KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil.* São Paulo: RT, 1991 p. 209-216.

Capítulo VIII
PRECLUSÃO

Sumário • 1. Conceito – 2. Fundamentos da preclusão e o seu papel no formalismo processual – 3. Classificação: 3.1. Generalidades; 3.2. Preclusão temporal; 3.3. Preclusão lógica; 3.4. Preclusão consumativa; 3.5. Preclusão-sanção ou preclusão punitiva – 4. Natureza jurídica: 4.1. A preclusão como fato e como efeito jurídico; 4.2. A preclusão como sanção – 5. Preclusão, prescrição e decadência – 6. Preclusão para o juiz – 7. Efeitos da preclusão.

1. CONCEITO

Etimologicamente, em suas origens latinas, preclusão advém de *preclusio,* mais especificamente do verbo *praecludere*, que significa fechar, tapar, proibir, vedar.[1]

O instituto é antigo. Remonta ao direito romano-canônico, quando a preclusão assumia um caráter punitivo, sendo concebida como forma de ameaça jurídica.[2] No século XIX, os processualistas franceses também se remetiam a fenômeno semelhante, a chamada *forclusion* (*exclusio a foro*), no sentido de caducidade referente não só ao direito processual, como também ao direito material.[3]

O conceito e a sistematização do instituto, atualmente, devem-se a Giuseppe Chiovenda, cujo pensamento tem sido seguido por praticamente toda doutrina processual.

> Chiovenda, por sua vez, esclarece que sua fonte de inspiração foi a obra de Oskar Bullow. Foi o alemão que o incitou a partir para o estudo do instituto, visando dar-lhe contornos mais simples e precisos.[4]
>
> Embora seja instituto de inspiração alemã, "não logrou o conceito de preclusão captar a atenção da subseqüente literatura processual de seu país de origem, que dele só incidentemente se tem ocupado. A razão desse menor interesse decorre, ao que supomos, da circunstância de haver o Regulamento processual civil alemão de

1. BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 1992, p. 27.
2. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil.* Campinas: RED Livros, 1999, p. 130.
3. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*, cit., p. 130.
4. "Mis observaciones han tenido un propósito y un resultado de simplificación y de diferenciación. Me proporcionó la idea y el punto de partida uno de los escritores alemanesque más han contribuido al progreso de la moderna ciencia procesal com aportaciones de ideas, no solamente nuevas, sino sanas, fecundas e propulsoras; me refiro a OSKAR BULOW, em su trabajo fundamental *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten.* Aquí se analizan, com uma visión realista y aguda, aunque a través de cierta ilusión histórico-germanística, algunos importantes casos de preclusión, en la contumacia, em la confessión, en el juramento, en la competência, en la cosa juzgada" (CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa Juzgada y preclusión". Santiago Sentís Melendo (trad.). *Ensayos de Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires: EJEA, 1949, v. 3, p. 226).

> 1877 feito uso muito escasso das preclusões, em obséquio da rigorosa aplicação dos princípios de concentração e oralidade".[5]

A preclusão é definida como a perda de uma situação jurídica ativa processual: seja a perda de *poder processual das partes*, seja a *perda de um poder do juiz*.[6]

> A definição originária de Chiovenda parece abranger tão-só a perda de "faculdades" processuais das partes. Mas o próprio jurista, posteriormente, reconhece a possibilidade de preclusão de poderes do julgador de examinar questões, razão por que se impõe o alargamento do significado do instituto.[7]

> Heitor Vitor Mendonça Sica propõe a divisão *preclusão dirigida à atividade das partes* e *preclusão sobre questões incidentais*.[8]

2. FUNDAMENTOS DA PRECLUSÃO E O SEU PAPEL NO FORMALISMO PRO-CESSUAL

O processo é uma marcha para frente, uma sucessão de atos jurídicos ordenados e destinados a alcançar um fim, que é a prestação da tutela jurisdicional. Trata-se de um método de solução de conflitos, que se vale de um conjunto de regras que ordenam a participação e o papel dos sujeitos do processo. A esse conjunto de regras, dá-se o nome de formalismo processual.

Indispensável a leitura da obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que considera que o *formalismo* "diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes, faculdades* e *deveres* dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais".[9] E arremata:

> "Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário. Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado".[10]

5. GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de Direito Processual.* Rio de Janeiro/São Paulo: Jurídica Universitária, 1969, p. 09.
6. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Preclusão". *Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 156-157.
7. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Preclusão", cit. p. 156-157.
8. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil.* São Paulo: Atlas, 2006, p. 277.
9. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2006, n. 137, p. 8.
10. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2006, n. 137, p. 8.

A preclusão é instituto fundamental para o bom desenvolvimento do processo, sendo uma das principais técnicas para a estruturação do procedimento e, pois, para a delimitação das regras que compõem o formalismo processual. A preclusão apresenta-se, então, como um limitador do exercício abusivo dos poderes processuais das partes, bem como impede que questões já decididas pelo magistrado possam ser reexaminadas, evitando-se, com isso, o retrocesso e a insegurança jurídica.

> Segundo Dierle José Coelho Nunes, o processo é uma estrutura progressiva de preclusões, que permitem um "desenrolar adequado das fases processuais de forma a possibilitar uma irreversibilidade (...) trazendo um caráter dinâmico ao procedimento em contraditório. Desta forma, os sistemas processuais, em maior ou menor grau, são sistemas de preclusão onde são estabelecidos com maior ou menor rigor fases e momentos procedimentais para a prática de atos e respectivos ônus pelo descumprimento".
>
> Na visão do autor, as últimas reformas processuais buscaram dar uma maior celeridade e efetividade ao processo, muitas vezes às custas da mitigação ou supressão de garantias constitucionais democráticas – como devido processo legal, contraditório, ampla defesa etc. Demais disso, muniram o juiz de amplos poderes, dando margem à arbitrariedades judiciais. Questiona, pois a legitimidade de tais mudanças.
>
> As preclusões, na visão do autor, seriam uma alternativa legítima para o alcance desse mesmo fim. As preclusões imprimiriam ritmo e dinamicidade ao processo sem comprometer o modelo constitucional de processo – sem colocar em xeque sua legitimidade.[11]

Não há processo sem preclusão. É possível que o formalismo processual minimize a preclusão para certas situações (como o faz em tema de prova e de exame das questões de ordem pública), sem, porém, eliminá-la.

De acordo com o princípio da preclusão, o procedimento não deve ser interrompido ou embaraçado (ou, ao menos, as interrupções e os embaraços devem ser reduzidos ao mínimo inevitável). Deve-se caminhar sempre avante, de forma ordenada e proba: não se admite o retorno para etapas processuais já ultrapassadas; não se tolera a adoção de comportamentos incoerentes e contraditórios.[12]

10. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2006, n. 137, p. 8.
11. "Preclusão como fator de estruturação do procedimento". *Estudos Continuados de Teoria do Processo.* Rosemiro Pereira Leal (coord). Síntese: Porto Alegre, 2004, v. 4, p. 190 e 191.
12. "Reconhecendo-se o caráter seqüencial dos atos procedimentais, pretende-se que o processo não esteja sujeito a retrocessos e que após o seu início venha a cumprir todas as suas fases, desaguando em seu ato final, a sentença. Deve tornar-se ordenado e solícito o caminhar do processo, assegurando-se desenvolvimento sem contradições e repetições, garantindo-se, também, a certeza quanto às situações processuais nele surgidas". (LEONEL, Ricardo de Barros. *Objeto litigioso e direito superveniente no processo civil.* Tese de Doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2004, p. 120).

Vedam-se, enfim, atuações extemporâneas, contraditórias (maliciosas) ou repetitivas.

Frise-se: a preclusão não serve somente à ordem, à segurança e à celeridade do processo. Não se resume à condição de mera mola impulsionadora do processo. A preclusão tem, igualmente, fundamentos ético-políticos, na medida em que busca preservar a boa fé e a lealdade no itinerário processual. A preclusão é técnica, pois, a serviço do direito fundamental à segurança jurídica, do direito à efetividade (como impulsionadora do processo) e da proteção à boa-fé. É importante essa observação: como técnica que é, *a preclusão deve ser pensada e aplicada em função dos valores a que busca proteger.*

Todo o percurso processual se orienta pela diretriz da preclusão. É ela (preclusão) que permite que o processo se desenrole progressivamente de forma ordenada, segura, coerente, rumo ao seu destino final.

3. CLASSIFICAÇÃO

3.1. Generalidades

Com base na conhecida classificação proposta por Chiovenda, fala-se em três espécies de preclusão: *temporal, consumativa* e *lógica.*[13]

A classificação, conforme apontado por Chiovenda, é feita com base no *fato gerador* (fato jurídico) da preclusão (perda de prazo, ato incompatível e exercício do poder). A preclusão, nesta classificação, é efeito jurídico que decorreria sempre da prática de atos *lícitos* ou em razão de um ato-fato lícito. Exatamente por causa disso, a doutrina costuma relacionar a preclusão ao ônus processual e repelir a identificação do instituto com a *sanção* (conseqüência da prática de ato ilícito).

Sucede que é possível cogitar de *preclusão* decorrente da prática de um *ato ilícito*. Cabe ao legislador determinar a eficácia jurídica que pretende ver produzida a partir de um fato jurídico. Nada impede que o legislador atribua uma mesma eficácia a um ato lícito e a um ato ilícito: veja, por exemplo, o dever de indenizar, que tanto pode decorrer de um ato ilícito (art. 186 do CC)[14] com de um ato lícito (art. 188, II, c/c o art. 929 do CC).[15] Nem

13. "(...) yo entiendo por preclusión la *pérdida*, o *extinción*, o *consumación* de uma facultad procesal que se sufre por el hecho: a) de no haber observado el orden señalado por la ley a su ejercicio, como los términos perentorios o la sucesión legal de las actividades y de las excepciones; b) o de haber realizado uma actividade incompatible com el ejercicio de la faculdad, como la proposición de uma excepción incompatible com outra, o el cumplimiento de um acto incompatible com la intención de de impugnar uma sentencia; c) o de haber ejercitado ya válidamente uma vez la faculdad (consumación propiamente dicha)" (CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa Juzgada y preclusión", cit., p. 226).
14. Art. 186 do CC: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".
15. Art. 188, II, CC: "Não constituem atos ilícitos: (...) II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente". Art. 929 do CC: "Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram".

por isso esses atos têm a mesma natureza: embora tenham a mesma eficácia, são fatos jurídicos distintos, sendo a conformidade ao direito o critério distintivo.

Não se pode dizer que a *preclusão* seja uma eficácia exclusiva de atos *lícitos*, embora normalmente, à luz do direito positivo, isso aconteça. Há preclusão decorrente da prática de ato ilícito (*preclusão-sanção* ou *preclusão punitiva*), categoria que deve ser lembrada, para manter a coerência da classificação da preclusão pelo seu respectivo fato jurídico.

Assim, a preclusão é efeito jurídico que pode decorrer dos seguintes fatos jurídicos (em sentido amplo):

a) Um *ato-fato lícito caducificante*: a inércia, pouco importa se culposa ou não, por um lapso temporal, que conduz à perda de uma faculdade/poder processual (preclusão *temporal*);

b) Um *ato jurídico em sentido estrito lícito de cunho impeditivo*: de um lado, a adoção de um comportamento pela parte ou pelo juiz impede, de imediato, a adoção de outro com ele incompatível, (perda dessa faculdade/poder processual por *preclusão lógica*); de outro, a consumação de uma faculdade/poder atribuído pela lei, obsta que esse mesmo poder volte a ser exercido (*preclusão consumativa*). Na verdade, a maior parte dos atos processuais produz, automaticamente, por força de lei, estes efeitos preclusivos em razão da proibição de comportamento contraditório e da consumação do poder processual.

c) *Ato ilícito caducificante*, ato contrário ao direito, que conduz à perda de um poder/faculdade processual.

Há, então, *quatro* espécies de *preclusão*, classificadas de acordo com o respectivo fato jurídico: *temporal, consumativa, lógica e punitiva.* Examinemos todas.

3.2. Preclusão temporal

A *preclusão temporal* consiste na perda do poder processual em razão do seu não exercício no momento oportuno; a perda do prazo é inércia que implica preclusão (art. 183, CPC).[16]

Para a doutrina majoritária, é reconhecido como fenômeno decorrente do desrespeito pelas partes dos prazos próprios e preclusivos. Ocorre, por exemplo, quando a parte não oferece contestação ou recurso no prazo legal.

Nossos doutrinadores têm certa dificuldade de visualizar preclusão temporal para o juiz, como perda do poder processual por não tê-lo exercido no momento oportuno. Isso porque os prazos para o juiz são impróprios e não-preclusivos.

16. Art. 183 do CPC: "Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa".

> "No que se refere ao juiz, os prazos são impróprios, pois, uma vez descumpridos, nenhum efeito processual se verificará, quando muito, disciplinar. Não havendo conseqüência processual dessa omissão, não há que se falar em preclusão temporal para o juiz, pois mesmo após transcorrido o prazo para a realização do ato, será totalmente lícita sua realização".[17]

3.3. Preclusão lógica

A *preclusão lógica* consiste na perda de faculdade/poder processual por se ter praticado ato incompatível com seu exercício. Advém, assim, da prática de ato incompatível com o exercício da faculdade/poder processual. Trata-se da "impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato ou postular certa providência judicial em razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora a parte pretende e sua própria conduta processual anterior".[19]

É o que ocorre, por exemplo, quando a parte aceita expressa ou tacitamente a decisão, o que é incompatível com o exercício da faculdade de impugná-la (recorrer), na forma do art. 503, CPC. Também há preclusão lógica do direito de produzir a prova do fato confessado (ao confessar, a parte perde o direito de produzir prova do fato confessado). A parte que deu causa ao defeito processual, não pode pedir a sua invalidação (art. 243 do CPC).[20]

Também há preclusão lógica em relação ao magistrado.[21] Dá-se, por exemplo, quando o juiz concede uma tutela antecipada com base em abuso do direito de defesa, o que é incompatível com uma recusa em condenar o réu por litigância de má fé com base no mesmo comportamento tido por abusivo. Também não se permite que o magistrado, no julgamento antecipado da lide, conclua pela improcedência, sob o fundamento de que o autor não provou o alegado. Se o magistrado convoca os autos para julgamento antecipado, é porque entende provados os fatos alegados. A sentença de improcedência por falta de prova, em julgamento antecipado da lide, além de violar o dever de lealdade processual, a boa-fé objetiva, que orienta a relação entre os sujeitos processuais, e o princípio da

17. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz.* São Paulo: Editora Método, 2004, p. 41. Neste sentido, também, GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 110-111, MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 2, p. 137.
18. A doutrina refere-se à *preclusão lógica* como a "impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato ou postular certa providência judicial em razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora a parte pretende e sua própria conduta processual anterior". (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo civil.* 5 ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 209.)
19. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo civil.* 5 ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 209.
20. Art. 243 do CPC: "Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa".
21. Admitindo a preclusão lógica para o juiz, corretamente, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz,* cit., p. 42-46.

cooperação, poderá ser invalidada por ofensa à garantia do contraditório, em sua dimensão de direito à prova.[22]

Importante que se perceba que a preclusão lógica está intimamente ligada à vedação ao *venire contra factum proprium* (regra que proíbe o comportamento contraditório), inerente à cláusula geral de proteção da boa-fé. Considera-se ilícito o comportamento contraditório, por ofender os princípios da lealdade processual (*princípio da confiança* ou *proteção*) e da *boa-fé* objetiva.

Quando a parte ou o magistrado adota um comportamento que contrarie comportamento anterior, atua de forma desleal, frustrando expectativas legítimas de outros sujeitos processuais. Comportando-se o sujeito em um sentido, cria fundada confiança na contraparte – confiança essa a ser averiguada segundo as circunstâncias, os usos aceitos pelo comércio jurídico, a boa-fé, os bons costumes ou o fim econômico-social do negócio –, não podendo, depois, adotar um comportamento totalmente contraditório, o que quebra a confiança gerada e revela ardil, deslealdade, evasão. Trata-se de lição velha, embora aplicada, aqui, com outros termos.

E a idéia de preclusão lógica é a tradução, no campo do direito processual, do princípio da boa fé objetiva, mais especificamente do vetusto brocardo do *nemo potest venire contra factum proprium* (ninguém pode comportar-se contrariamente aos seus próprios atos), hoje considerado integrante no conteúdo da cláusula geral da boa fé objetiva.

A preclusão não é efeito do comportamento contraditório (ilícito); a preclusão incide sobre o comportamento contraditório, impedindo que ele produza qualquer efeito. A prática de um ato processual implica a impossibilidade de praticar um outro ato com ele logicamente incompatível. A preclusão lógica, então, é conseqüência da prática do primeiro ato, e não do ato contraditório.

3.4. Preclusão consumativa

A *preclusão consumativa* consiste na perda de faculdade/poder processual, em razão de ter sido exercido, pouco importa se bem ou mal. Já se praticou o ato processual pretendido, não sendo possível corrigi-lo, melhorá-lo ou repeti-lo. Observa-se quando já se consumou a faculdade/poder processual.

> Maurício Giannico, seguindo lições de Stefano Riccio e de Emilio Betti, tece algumas críticas à concepção chiovendiana de preclusão consumativa:
>
> "Por outro lado, em sua definição, ao discorrer sobre a denominada preclusão consumativa (...), Chiovenda afirma que a perda (consumação) da possibilidade de praticar determinado ato ocorre por já se haver 'exercitado validamente uma vez'.

22. Neste sentido, no STJ, 3ª T., REsp 649.191/SC, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. Em 19.08.2004, publicado no DJ de 13.09.2004, p. 241; 1ª T., REsp n. 443.171/SC, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 10.02.2004, publicado no DJ de 25.02.2004, p. 101.

> Pensamos, todavia, que essa perda – e a conseqüente impossibilidade de praticá-lo novamente – ocorre independente da validade ou invalidade do ato praticado".[23]

Decorre do brocardo *ne bi in idem*, encontrando fundamento normativo em nosso sistema, para as partes, no art. 158, CPC, que se refere à produção de efeitos imediatos com a prática atos processuais pela parte, exaurindo-se o exercício de sua faculdade.[24]

É o que ocorre, por exemplo, quando a parte oferece sua contestação ou interpõe seu recurso de apelação no quinto dia do prazo (que é de quinze dias, relembre-se), mas esquece de deduzir um argumento importante; como já exerceu e consumou sua faculdade de recorrer, não pode, nos 10 dias restantes do prazo, corrigir, melhorar ou repetir a contestação/recurso.

É o que se dá, ainda, quando a decisão judicial é publicada. Exaure-se o ofício jurisdicional, não podendo o magistrado emendar, incrementar ou refazer a decisão, salvo nos casos excepcionais previstos em lei (art. 463, CPC).

3.5. Preclusão-sanção ou preclusão punitiva

Conforme foi advertido, é possível que a preclusão decorra da prática de um ato ilícito. Neste caso, a preclusão terá natureza jurídica de *sanção*.

Há ilícitos que geram a perda de um poder ou direito (na verdade, perda de qualquer "categoria eficacial"[25] ou situação jurídica ativa). São chamados de *ilícitos caducificantes*.[26] "Os atos ilícitos que não têm a eficácia de dever indenizativo e importam em perda de direitos, pretensões, ações ou exceções são ditos caducificantes, espécie de fato precludente. Quer dizer: a sua eficácia consiste em que direitos, pretensões, ações, ou exceções caiam".[27]

Há alguns exemplos no direito positivo, em que se vislumbra a perda de um poder processual (preclusão), como sanção decorrente da prática de um ato *ilícito*: a) perda da situação jurídica de inventariante, em razão da ocorrência dos ilícitos apontados no art. 995 do CPC; b) a confissão ficta, decorrente do não-comparecimento ao depoimento pessoal (art. 343, § 2º, CPC), que é considerado um dever da parte (art. 340, I, CPC), implica *preclusão* do direito de provar fato confessado, mas, desta feita, como decorrência de um ilícito (descumprimento de um dever processual); c) o excesso de prazo não-justificado autoriza a *perda* da competência do magistrado para processar e julgar a causa (art. 198 do CPC); d) constatada a prática de atentado (ilícito processual),

23. GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro*, 2005, cit., p. 50.
24. GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro*, 2005, cit., p. 112.
25. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 102.
26. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*, cit., p. 102.
27. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t. 2, p. 216.

perde-se o direito de falar nos autos, até a purgação dos efeitos do ilícito (art. 881 do CPC).[28]

Em todas essas hipóteses, há a perda de um poder jurídico processual decorrente da prática de um ato ilícito; há, pois, *preclusão* decorrente de um ilícito e não do descumprimento de um ônus. É preciso, enfim, completar a classificação de Chiovenda, que leva em consideração apenas a *preclusão* decorrente da prática de atos lícitos.

4. NATUREZA JURÍDICA

4.1. A preclusão como fato e como efeito jurídico

A partir deste panorama das diferentes espécies de preclusão, é fácil concluir que, de regra, se está diante de um efeito jurídico.[29] "A preclusão ou caducidade é só efeito",[30] dizia Pontes de Miranda.

Mas nem sempre é efeito a preclusão. Ela pode compor o suporte fático de algum fato jurídico.

Veja o caso da coisa julgada (efeito jurídico). A preclusão é elemento do suporte fático do fato jurídico composto consistente na prolação de decisão de mérito, fundada em cognição exauriente, acobertada pela coisa julgada formal (preclusão temporal máxima), cujo efeito é a formação de coisa julgada material.

A preclusão também pode compor o suporte fático de fato jurídico invalidante de ato processual: é o que ocorre com a interposição intempestiva de um recurso (fato jurídico = interposição de recurso + preclusão temporal), cuja conseqüência é a inadmissibilidade (invalidade) do procedimento recursal.

> Embora sem compartilhar dos mesmos exemplos, Maurício Giannico admite que preclusão pode ser tanto fato como efeito – diante da própria dialética peculiar do processo:

28. Art. 881 do CPC: "A sentença, que julgar procedente a ação, ordenará o restabelecimento do estado anterior, a suspensão da causa principal e a proibição de o réu falar nos autos até a purgação do atentado". Em texto sobre a responsabilidade processual das partes, Barbosa Moreira já identificava a "perda de direitos ou faculdades processuais" como uma das conseqüências possíveis de um ilícito processual, citando como exemplo exatamente o atentado. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro". *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 18.).
29. "He observado que todo proceso, cual más cual menos, y así también nuostro proceso, para asegurar precisión y rapidez al desarrollo de los actos judiciales, pone limites al ejercicio de determinadas facultades procesales, com la consecuencia de que, más allá de estos limites, estas facultades non su pueden ya ejercitar. He dado a *esta conseqüência* el nombre de 'preclusión'". (CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa Juzgada y preclusión", cit., p. 224.)
30. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 2, cit., p. 216.

> "Nesse ponto, saliente-se que a reconhecida constatação de que a preclusão obrigatoriamente surge como resultado de outro fato não a desmerece nem repele sua qualificação enquanto fato jurídico processual (...) Ainda que tida por resultado (efeito) de um outro fato jurídico (causa), a preclusão em si, por sua vez, gera inúmeras outras conseqüências jurídico-processuais, o que por si só reafirma sua condição de fato jurídico processual autônomo".[31]

> Cintra, Grinover e Dinamarco, em sentido diverso, definem a preclusão como fato jurídico impeditivo, e não como efeito: "O instituto da preclusão liga-se ao princípio do impulso processual. Objetivamente entendida, a preclusão consiste em um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar o seu recuo para as fases anteriores do procedimento. Subjetivamente, a preclusão representa a *perda de uma faculdade ou de um poder ou direito processual;* as causas dessa perda correspondem às diversas espécies de preclusão".[32]

Resta enfrentar alguns antigos questionamentos que existem em torno da natureza jurídica da preclusão.

4.2. A preclusão como sanção

Questiona-se se a preclusão seria uma sanção.

A maior parte da doutrina, baseada na lição de Chiovenda, entende que não.[33] Entende-se que a preclusão está intimamente relacionada com o ônus, que, como se sabe, é situação jurídica consistente em um encargo do direito. A parte detentora de ônus deverá praticar ato processual em seu próprio benefício, no prazo legal, e de forma correta: se não o fizer, possivelmente este comportamento poderá acarretar conseqüências danosas para ela. Nada teria a ver, porém, com a sanção. Enquanto a sanção é a conseqüência jurídica do descumprimento de uma norma jurídica, de um ilícito, a preclusão decorre do não-atendimento de um ônus, com a prática de ato-fato caducificante ou ato jurídico impeditivo, ambos *lícitos*, conformes com o direito. A sanção decorre da prática de atos ilícitos, já a preclusão é conseqüência da prática de determinados atos lícitos.[34-35]

31. GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro*, cit., p. 73. Neste sentido, também, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Preclusão", cit., p. 145.
32. GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 20ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, p. 329.
33. Nesse sentido, GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro*, cit. p. 62-63. FERRAZ, Cristina. *Prazos no processo de conhecimento.* São Paulo: RT, 2001, p. 49. BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil,* cit., p. 126-127.
34. ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil.* São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 537-538. GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro,* cit., p. 47. Ricardo de Barros Leonel pontua que "ao contrário do que se verifica historicamente, a preclusão não figura como pena ou sanção para o agente que nela incorre. Ao contrário, objetiva apenas estabelecer parâmetros de organização para o desenlance do procedimento judicial". *Objeto litigioso e direito superveniente no processo civil.* Tese de Doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2004, p. 119. Cintra, Grinover e Dinamarco também sustentam que a preclusão não é sanção por ilícito, não advém de ilícito, mas de incompatibilidade de poder/direito/faculdade com desenvolvimento do processo. (GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 329.)

Já foi ressalvado, porém, neste capítulo, que não se adota este entendimento. A despeito da classificação chiovendiana só identificar a preclusão decorrente de atos lícitos – que não poderia em razão disso ser confundida com sanção – é possível a existência de preclusão-sanção, como decorrência de ato ilícito.

5. PRECLUSÃO, PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Cabe, ainda, diferenciar *preclusão temporal*, *prescrição* e *decadência*. Isso porque confusões podem ser feitas entre tais institutos pelo fato de todos eles relacionarem-se à idéia de *tempo* e de *inércia*.

Pois bem.

Caducidade é designação genérica para a perda de uma situação jurídica. A preclusão e a decadência são exemplos de *caducidade*.

> Pontes de Miranda considera *caducidade* e *decadência* como termos sinônimos. Assim, também considera sinônimas as expressões *caducidade* e *preclusão*.[36] Para fins didáticos, porém, preferimos considerar *caducidade* como um gênero, de que são espécies a preclusão e a decadência. O nosso ordenamento jurídico refere-se à decadência quando cuida da extinção de direitos potestativos em razão da inércia. Preclusão é designação que, pela tradição, se relaciona à perda de poderes jurídicos processuais.

A decadência é a perda do direito potestativo, em razão do seu não-exercício dentro do prazo legal ou convencional. Aproxima-se da preclusão temporal por também se referir à perda de um direito decorrente da inércia de seu titular – ou seja, em razão de ato-fato caducificante. Distancia-se, contudo, por se referir, em regra, à perda de direitos pré-processuais, enquanto a preclusão temporal refere-se sempre à perda de faculdades/poderes processuais. Além disso, a preclusão pode decorrer, como visto, de outros fatos jurídicos, além da inércia, inclusive de ato ilícito (a decadência sempre decorre de um ato-fato lícito).

35. Em sentido inverso, João Batista Lopes, entendendo que a preclusão é, sim, penalidade, fazendo um precioso apanhado doutrinário sobre a questão: "Numa síntese geral, poderíamos dizer que a doutrina brasileira aceita a teoria de Chiovenda (a preclusão constitui perda da faculdade processual de propor questões) e a de Stefano Riccio (a preclusão não é sanção, mas um fato processual impeditivo). Somente Martins de Oliveira procura ressaltar o caráter sancionatório da preclusão (*A preclusão na dinâmica do processo penal*, 1995, pp. 98-99). Segundo pensamos, não é possível excluir do conceito de preclusão o caráter de penalidade de que se reveste (...) A natureza jurídica da preclusão é, pois, a de uma penalidade *sui generis*, consistente no impedimento da prática de um ato, em virtude do decurso do prazo para fazê-lo ou em razão do exercício de faculdade com ele incompatível (...) Essa penalidade, segundo entendemos, não se identifica com a sanção jurídica, mas apresenta um caráter mais restrito: não pune, nem reprova; apenas impede que a parte omissa pratique o ato processual fora do momento próprio para fazê-lo" ("Breves considerações sobre o instituto da preclusão". *Revista de Processo.* São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1981, n. 23, p. 46-47).
36. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 2, cit., p. 215-216.

> É preferível designar de *direitos pré-processuais* aqueles que podem decair, para que se possa incluir nesta rubrica, por exemplo, tanto os direitos potestativos essencialmente materiais (como o direito de invalidar um ato jurídico), como outros direitos potestativos mais relacionados ao direito processual, mas exercitáveis fora dele, como o direito à escolha do procedimento, às vezes submetido a prazo, como no caso do mandado de segurança (art. 18 da Lei Federal n. 1.533/51).

Já a prescrição é o encobrimento (ou extinção, na letra do art. 189 do CC) da eficácia de determinada pretensão (perda do poder de efetivar o direito a uma prestação), por não ter sido exercitada no prazo legal. Apesar de decorrer de uma inércia do titular do direito – também ato-fato lícito caducificante[37] –, não conduz à perda de direitos, faculdades ou poderes (materiais ou processuais), como a preclusão e a decadência, mas, sim, ao encobrimento de sua eficácia, à neutralização da pretensão – obstando que o credor obtenha a satisfação da prestação almejada.

Enquanto a prescrição relaciona-se, em princípio, aos direitos a uma prestação de cunho material, a preclusão temporal refere-se, tão-somente, a faculdades/poderes de cunho processual.

Demais disso, prescrição e decadência são institutos de direito substantivo, enquanto preclusão é instituto de direito processual. A prescrição e a decadência ocorrem extraprocessualmente – malgrado sejam ambas reconhecidas, no mais das vezes, dentro de um processo –, e suas finalidades projetam-se, também fora do processo: visam à paz e à harmonia sociais, bem como a segurança das relações jurídicas. Já a preclusão temporal ocorre, sempre e necessariamente, no bojo do processo, e sua finalidade precípua restringe-se, igualmente, à esfera processual; visa, sobretudo, ao impulso do desenvolvimento, de forma segura e ordenada, para que chegue ao seu ato final (prestação da jurisdição).[38]

6. PRECLUSÃO PARA O JUIZ

A doutrina e a jurisprudência têm por sinônimas as designações *preclusão judicial* ou *preclusão pro iudicato*, que nada mais seriam do que a perda de um poder do juiz. Rigorosamente, porém, a melhor designação é preclusão para o juiz ou preclusão judicial. Preclusão *pro iudicato* significa julgamento implícito. Como afirma José Maria Tesheiner: "Preclusão *pro judicato* não significa preclusão para o juiz. Em latim, *judicato* significa *julgado;* juiz é *iudex (nominativo)* ou *iudicem* (acusativo). Preclusão *pro judicato* significa "*preclusão como se tivesse sido julgado*". Se houve decisão, e ocorreu preclusão, não

37. Conforme percuciente anotação de Marcos Bernardes de Mello, os atos-fatos caducificantes têm por efeito a extinção de um direito (como ocorre na preclusão ou decadência) ou, tão-somente, o encobrimento da pretensão, da ação ou exceção (tal como na prescrição) (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Existência.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 134).
38. ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil,* v. 1, cit., p. 538; GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro*, 2005, cit. p. 88; FERRAZ, Cristina. *Prazos no processo de conhecimento*, cit., p. 85. BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil,* cit., p. 121.

há "*preclusão pro judicato*", porque esta supõe *ausência* de decisão. (...) Admitindo-se que haja preclusão para o juiz, diga-se, em bom português: "preclusão para o juiz"; não, preclusão "*pro judicato*", em mau latim"[39].

> A preclusão *pro iudicato* foi concebida originariamente pelo italiano Enrico Redenti, no início da década de 1930, como uma *técnica para tornar imutáveis e indiscutíveis direitos materiais sequer apreciados e decididos em juízo*. Essa nova técnica de imutabilização seria necessária, a seu ver, pois, se não havia decisão sobre tais direitos, não haveria como se formar coisa julgada, sendo possível rediscuti-los em processos posteriores.[40] O autor, seguido por renomados juristas italianos, defendeu que, por força da preclusão *pro iudicato,* a extinção da execução, com a satisfação do crédito, torna o direito material indiscutível, produzindo efeitos semelhantes à coisa julgada material.
>
> "O exemplo utilizado pelo processualista italiano para melhor explicar sua teoria, e que mais se ajusta ao sistema brasileiro, é o do caso da execução extrajudicial fundada em contrato de obrigação de trato sucessivo, com parcelas periódicas e continuadas. Imaginemos que algumas dessas parcelas vençam e restem outras a vencer. O credor pode ingressar com ação executiva relativa àquelas parcelas vencidas. No caso de não ser embargada essa execução, o respectivo crédito é satisfeito, nada mais havendo a ser discutido nesse processo. No caso de novo inadimplemento do devedor, o credor pode novamente ingressar com a ação executiva, só que agora relacionada às outras parcelas que venceram posteriormente à primeira demanda e também não foram pagas. O executado pode opor embargos, com base, por exemplo, na nulidade absoluta do contrato. O referido processo incidente poderá ser julgado procedente, o que acarretará a extinção anormal da execução. Essa possibilidade é aberta ao executado, já que a sentença que extinguiu a primeira execução não fez coisa julgada material. Para os defensores da preclusão *pro iudicato*, mesmo admitindo-se por sentença judicial que o contrato é nulo, o executado não poderia reaver os prejuízos experimentados na primeira execução. Isso se daria por que aquela execução estaria sob o manto da preclusão *pro iudicato*, que dá a ela estabilidade e segurança definitiva".[41]

Já vimos, ao classificarmos as preclusões, que subsistem, indiscutivelmente, em nosso sistema, preclusões judiciais lógicas e consumativas. Não se cogita, doutrinariamente, em preclusão judicial temporal, já que os prazos para o juiz são impróprios. Essa lição doutrinária precisa ser revista. Não somente pelo fato de que os prazos para o juiz não podem ser anódinos, mas também diante de enunciados normativos expressos, como a hipótese de julgamento implícito prevista no Regimento Interno do STF, para o caso de o Ministro silenciar, após o prazo de vinte dias, sobre a existência de repercussão geral do

39. TESHEINER, José Maria. "Preclusão *pro judicato* não significa preclusão para o juiz". Disponível em http://www.tex.pro.br/, consultado em 24.09.2007, às 17h30.
40. Discorrendo amplamente sobre o tema, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz.* São Paulo: Método, 2004, p. 19-21.
41. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz,* cit., p. 21.

recurso extraordinário (art. 324, par. ún., RISTF[42]; aqui, haveria uma verdadeira preclusão *pro iudicato*).

Registre-se, ademais, que há forte polêmica no contexto das preclusões judiciais consumativas: trata-se da discussão sobre a existência de preclusão para o reexame de questões de ordem pública (principalmente aquelas relativas ao juízo de admissibilidade do processo) já decididas. O problema será examinado apropriadamente mais à frente, em outro capítulo, no item relativo à eficácia preclusiva do despacho saneador.

7. EFEITOS DA PRECLUSÃO

A observância ou inobservância da preclusão pode gerar conseqüências dentro e fora do processo em que ocorrida.

De um lado, a observância das preclusões simples, que ocorrem ao longo do processo, funciona como uma força motriz deste feito, impulsionando-o obstinadamente rumo ao seu destino final (provimento jurisdicional). Chegado o seu fim, tem-se a preclusão máxima – a irrecorribilidade da decisão final, chamada por alguns de coisa julgada formal –, que, recaindo sobre provimento jurisdicional de mérito e fundado em cognição exauriente, projeta efeitos para fora do processo: forma-se a coisa julgada material.

De outro, a inobservância da preclusão pode conduzir a invalidades processuais.

Acaso a parte/juiz, ao arrepio da preclusão, insista em exercer o poder processual perdido, praticando ato processual que não mais caberia praticar, este ato (extemporâneo, contraditório ou repetitivo) será defeituoso. E ato processual defeituoso, quando gera prejuízos para as partes ou para o interesse público, deve ser invalidado.

Vejamos alguns exemplos.

A correção ou acréscimo de uma decisão judicial (exercício de poder judicial), depois de sua publicação, em regra, vai de encontro com a preclusão consumativa (art. 463, CPC). Assim, este adendo decisório, porquanto viciado, em caso de recurso, deverá ser tido por inválido pelo tribunal.

A interposição de um recurso (exercício de faculdade processual) pela parte, depois que manifestou expressa ou tacitamente sua aceitação, é conduta contraditória, vedada pela preclusão lógica (art. 503, CPC). Assim, o recurso, diante do desrespeito a requisito

42. "Art. 324. Recebida a manifestação do Relator, os demais ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral. Parágrafo único. Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral".

de admissibilidade (validade) negativo[43], é defeituoso, devendo, pois, ser reputado inválido (inadmissível).

Ainda na esfera recursal, como cediço, a tempestividade do recurso é requisito extrínseco de admissibilidade (validade)[44]. E o recurso interposto fora do prazo legal, em desrespeito à preclusão temporal, é viciado, devendo, pois, ser inadmitido (invalidado).

Constata-se, assim, que a preclusão tem um cunho eminentemente preventivo/inibitório. Visa inibir a prática de ilícito processual invalidante: a) ao obstar que alguém adote conduta contraditória com aquela outra anteriormente adotada – o que denotaria sua deslealdade; b) ao impedir que reproduza ato já praticado; c) ao evitar a prática de atos intempestivos, inadmissíveis por lei. Mas, praticado o ilícito invalidante prejudicial às partes ou ao interesse público, inevitável é a imputação da sanção de invalidade.

43. A este respeito, conferir o v. 3 desta *Curso*, que cuida dos requisitos de admissibilidade dos recursos.
44. A este respeito, conferir o v. 3 deste *Curso*, que cuida dos requisitos de admissibilidade dos recursos.

Capítulo IX
Teoria da Cognição Judicial

Sumário • 1. Conceito de cognição – 2. Conceito de questão – 3. Resolução das questões: resolução *incidenter tantum* (mera cognição) e resolução *principaliter tantum* (decisão) – 4. Objeto do processo e objeto litigioso do processo – 5. Objeto da cognição judicial (tipologia das questões): 5.1. Consideração introdutória; 5.2. Questões de fato e questões de direito; 5.3. Questões preliminares e questões prejudiciais; 5.4. Condições da ação, pressupostos processuais e mérito: questões de admissibilidade e questões de mérito – 6. Espécies de cognição.

1. CONCEITO DE COGNIÇÃO

Segundo Kazuo Watanabe, a cognição é "prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *iudicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo".[1]

A cognição é um dos mais importantes núcleos metodológicos para o estudo do processo moderno (junto com o procedimento e a tutela jurisdicional, cujos conceitos estão intimamente relacionados com o de cognição). Basta ver que a própria noção que se tem de cada tipo de processo (conhecimento, cautelar e execução) estrutura-se a partir do grau de cognição judicial que se estabelece em cada um deles.

A análise da cognição judicial é, portanto, o exame da técnica pela qual o magistrado tem acesso e resolve as questões que lhe são postas para apreciação. É importante perceber que o objeto da cognição é formado por essas questões.[2]

2. CONCEITO DE QUESTÃO

Questão é palavra que assume, na dogmática jurídica processual, ao menos dois significados.

Em um primeiro significado, que pode ser qualificado de restrito, questão é qualquer ponto de fato ou de direito controvertido, de que dependa o pronunciamento judicial. "Nessa acepção, dir-se-á com propriedade que a solução das 'questões' é o meio de que se vale o juiz para julgar: a 'questão' não constitui, em si, objeto de julgamento,

1. *Da cognição no processo civil.* São Paulo: RT, 1987, p. 41.
2. Sobre o objeto da cognição, com análise um pouco diversa, mas muito proveitosa, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 267-277.

mas, uma vez resolvida, insere-se entre os fundamentos da decisão, entre as razões de decidir".[3] Essa é a acepção utilizada pela quase totalidade da doutrina, a dispensar, inclusive, maiores referências.[4] Cumpre apontar, também, que é esse o significado utilizado no inciso II do art. 458 do CPC.[5]

Mas o vocábulo "questão" também pode ser entendido como "o próprio *thema decidendum,* ou, ao menos cada uma das partes em que ele se fraciona".[6] Aqui, a palavra "questão" assemelha-se a "pedido", que nada mais é do que a "questão principal" do processo, o seu objeto litigioso. "Havendo mais de um pedido, ou – o que afinal é o mesmo – compondo-se o pedido de mais de um item, estarão subpostas à cognição judicial tantas "questões" quantos forem os pedidos, ou os itens do pedido".[7] Essa é a acepção utilizada no inciso III do art. 458.

Um estudo sobre a cognição judicial não pode prescindir desta constatação.

3. RESOLUÇÃO DAS QUESTÕES: RESOLUÇÃO *INCIDENTER TANTUM* (MERA COGNIÇÃO) E RESOLUÇÃO *PRINCIPALITER TANTUM* (DECISÃO)

Como visto, é importante frisar uma distinção: há questões que são postas como fundamento para a solução de outras e há aquelas que são colocadas para que sobre elas haja decisão judicial. Em relação a todas haverá cognição *(cognitio);* em relação às últimas, haverá também *iudicium.* Todas compõem o objeto de conhecimento do magistrado, mas somente as últimas compõem o objeto de julgamento *(thema decidendum).*

As primeiras são as questões resolvidas *incidenter tantum*; esta forma de resolução não se presta a ficar imune pela coisa julgada. O magistrado tem de resolvê-las como etapa necessária do seu julgamento, mas não as decidirá. São as questões cuja solução comporá a fundamentação da decisão. Sobre essa resolução, não recairá a imutabilidade da coisa julgada. Os incisos do art. 469 do CPC elucidam muito bem o problema: não fazem coisa julgada os motivos, a verdade dos fatos e a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

Há questões, no entanto, que devem ser decididas, não somente conhecidas. São as questões postas para uma solução *principaliter tantum:* compõem o objeto do juízo.

3. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo". *Temas de direito processual civil. 2ª série.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 243.
4. "Os litigantes formulam no processo afirmações, que constituem 'pontos' a examinar. Se uma dessas afirmações (ponto) é contrariada pelo antagonista de quem a formulou, surge a questão, que é, portanto, o 'ponto controverso'." (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada.* Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 254).
5. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo", cit., p. 243.
6. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo", cit., p. 243.
7. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo", p. 243.

Somente em relação a estas é possível falar-se de coisa julgada. É o que se retira do art. 468 do CPC: a decisão judicial tem força de lei, nos limites da lide deduzida e das questões decididas.

Dois exemplos podem ser úteis na compreensão da importância dessa distinção.

a) A ação declaratória incidental (arts. 5º, 325 e 470 do CPC) tem por utilidade transformar a análise da questão prejudicial controvertida. Posta, inicialmente, como simples fundamento do pedido, a questão prejudicial será resolvida *incidenter tantum* e, na forma do inciso III do art. 469, não ficará acobertada pela coisa julgada. Proposta a ação declaratória incidental, a questão prejudicial passa a ser objeto de resolução *principaliter tantum,* compondo o *thema decidendum*; a solução que o magistrado lhe der poderá ser acobertada pela imutabilidade da coisa julgada (art. 470 do CPC). Com ação declaratória incidental, a análise da questão prejudicial muda: deixa de ser ela simples fundamento e passa a ser objeto de decisão do magistrado.

b) A inconstitucionalidade da lei federal, cuja aplicação *in concreto* se discute judicialmente, é questão prejudicial que pode ser examinada por qualquer órgão julgador do Poder Judiciário. Como questão prejudicial, o magistrado resolvê-la-á *incidenter tantum.* O controle difuso da constitucionalidade das leis caracteriza-se exatamente por essa peculiaridade: qualquer magistrado, em qualquer processo, pode identificar a inconstitucionalidade e examiná-la como fundamento de sua decisão. No entanto, a constitucionalidade da lei pode ser objeto de um processo; pode ser a questão principal, compondo o *thema decidendum.* É o que ocorre nos processos objetivos de controle concentrado da constitucionalidade das leis (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade). Quando figurar como questão principal, a constitucionalidade da lei somente pode ser examinada pelo Supremo Tribunal Federal, que tem competência exclusiva para "decidir" sobre a questão. Note-se: enquanto todos os juízes podem "conhecer" desta questão *(incidenter tantum;* simples fundamento), somente o STF pode "decidir" sobre ela *(principaliter tantum; thema decidendum;* objeto de julgamento). É por isso que não cabe ação declaratória incidental para decidir a "prejudicial de inconstitucionalidade": o magistrado não teria competência para tanto.

4. OBJETO DO PROCESSO E OBJETO LITIGIOSO DO PROCESSO

A distinção entre a questão *principaliter* e questão *incidenter* é muito importante para que se possam confrontar os conceitos de objeto do processo e objeto litigioso do processo.

O objeto do processo é conjunto do qual o objeto litigioso do processo é elemento: esse é uma parcela daquele. Enquanto o objeto do processo abrange a totalidade das questões postas sob apreciação judicial, o objeto litigioso do processo cinge-se a um único tipo de questão, a questão principal, o mérito da causa, a pretensão processual. Enquanto o

primeiro faz parte apenas do objeto da cognição do magistrado, o segundo é o objeto da decisão (ato final do procedimento).[8]

A demanda é o ato que normalmente veicula o objeto litigioso e, portanto, define o objeto do ato final do procedimento. A demanda pode ser inicial (manejada com a petição inicial) ou ulterior (como é o caso das demandas recursais, incidentais, reconvencionais, deduzidas através de pedido contraposto, oposição, denunciação da lide etc.).

Discute-se muito sobre em que consiste o objeto litigioso: se ele é apenas o pedido ou se nele se inclui também a causa de pedir. O tema é tormentoso.[9] Alguns doutrinadores não chegaram a qualquer conclusão, outros anunciam posição sem maior aprofundamento, mas segundo a maior parte da doutrina[10] o objeto litigioso do processo é o pedido.

José Rogério Cruz e Tucci, contudo, defende que o objeto litigioso do processo é o pedido identificado com a causa de pedir.[11] Há uma tendência doutrinária de seguir esse último entendimento, adotada neste trabalho,[12] até mesmo em razão do regramento da coisa julgada no direito brasileiro, que exige a identidade de pedido e de causa de pedir para a sua configuração (arts. 301, § 2º, 474, ambos do CPC).

Todo procedimento, como visto, possui um objeto litigioso, que é o tema a ser resolvido pelo ato final, do qual todos os demais atos que o compõem são preparatórios. O objeto litigioso de cada procedimento é definido pelo seu ato inaugural, normalmente uma demanda formulada por uma das partes. O exame da admissibilidade do procedimento nada mais é do que o exame da possibilidade de o objeto litigioso ser apreciado. Isso serve a qualquer procedimento, e não apenas ao procedimento principal: há objeto litigioso no recurso, na exceção de incompetência relativa, na exceção de suspeição, na reconvenção

8. "Por aí se vê que o objeto do processo não é apenas o pedido do autor, ou sua pretensão processual, mas tudo aquilo que nele (processo) deva ser decidido pelo juiz. Não só o objeto do '*judicium*' mas também da simples '*cognitio*'. Enfim, todas as questões de fato, ou de direito, relacionados ou não, com o mérito, com o início, o desenvolvimento e o fim do processo". (SANCHES, Sydney. "Objeto do processo e objeto litigioso do processo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1979, n. 13, p. 44 e 45.)
9. Sobre o tema, SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil.* Buenos Aires: EJEA, 1968, especialmente as páginas 241-262. Na doutrina brasileira, dentre as obras citadas ao longo da exposição, muito proveitosa a leitura de livro de Araken de Assis, que elabora belíssimo panorama das doutrinas alemã e brasileira sobre o tema: *Cumulação de ações.* 4 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 103-121.
10. ALVIM, José Manoel de Arruda. "Dogmática jurídica e o Novo Código de Processo Civil". *Revista de Processo* São Paulo: RT, 1976, n. 01, p. 111; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo Processo Civil brasileiro.* 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 10.
11. "O objeto litigioso do processo, portanto, identifica-se com a circunstância jurídica concreta deduzida em juízo *in status assertionis*, que aflora individualizada pela situação de fato contrária ao modelo traçado pelo direito material". (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A* causa petendi *no processo civil.* 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 131). Araken de Assis afirma que a definição de mérito, no direito brasileiro, não prescinde da causa de pedir. (*Cumulação de ações*, cit., p. 116, nota 58.)
12. Por exemplo, LEONEL, Ricardo de Barros. "Objeto litigioso e duplo grau de jurisdição". *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas).* José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque (coord.), São Paulo: RT, 2002, p. 367.

etc. As questões de admissibilidade são questões que pertencem ao objeto de conhecimento do magistrado, e não ao objeto de decisão: serão resolvidas incidentemente, como etapa preliminar à solução da questão principal, e sobre cuja solução não recairá a imutabilidade da coisa julgada material, reservada que é à decisão da questão principal.

5. OBJETO DA COGNIÇÃO JUDICIAL (TIPOLOGIA DAS QUESTÕES)

5.1. Consideração introdutória

Assentado que são as questões que compõem o objeto da cognição judicial, cumpre classificá-las. É importante frisar, de logo, que a classificação que segue contém tipos que não concorrem entre si, não se excluem. Um "pressuposto processual" é, por exemplo, a um só tempo, uma questão de admissibilidade da causa e uma questão preliminar.

5.2. Questões de fato e questões de direito

Fato e norma são elementos essenciais ao fenômeno jurídico: a eficácia jurídica surge após a incidência da hipótese normativa no suporte fáctico concreto (fato ou conjunto de fatos); *ex facto oritur jus*. O fato jurídico é exatamente o fato ou conjunto de fatos aptos a produzir efeitos jurídicos, em razão da incidência; o efeito jurídico é a conseqüência normativa que decorre do fato jurídico.

Em qualquer postulação judicial, impõe-se ao requerente a descrição dos fatos e do enquadramento normativo do seu pleito. Isso acontece sempre, quer se trate de uma demanda inicial, quer se trate de um recurso, de uma contestação, de um requerimento de nulidade de ato, de produção de prova, de um juízo de retratação etc.

Assim, na tarefa de aplicação do direito, o magistrado haverá de examinar, inexoravelmente, questões de fato (*quaestiones facti*) e questões de direito (*quaestiones iuris*). A distinção entre uma e outra não é simples.[13]

O primeiro critério distintivo baseia-se no objeto da questão, na matéria sobre a qual versa: será fática a questão que tiver por objeto um fato; jurídica, aquela que tiver por objeto uma norma, um fato jurídico ou um efeito jurídico.

Não é, entretanto, o melhor critério. Isso porque é indiscutível que, no suporte fático concreto, se possa encontrar um fato jurídico (fato após a incidência normativa) ou um

13. Para aprofundamento, o impressionante trabalho de conteúdo dogmático e filosófico, de Castanheira Neves. *Questão de facto – questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica).* Coimbra: Almedina, 1967, passim. Ainda sobre o tema, LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 433-438 Na literatura brasileira, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória.* São Paulo: RT, 2002, p. 153-165.

efeito jurídico (relação jurídica, direito, dever etc.).[14] É possível "funcionar como *quaestio facti* uma questão que, olhada exclusivamente em seu objeto, mereceria inclusão entre as *quaestiones iuris*".[15] Veja-se o exemplo da ação rescisória (art. 485 do CPC): boa parte dos fatos aptos a ensejar a rescisão da sentença envolve questões jurídicas (prevaricação, concussão e corrupção, inciso I do art. 485; violação a literal disposição de lei, inciso V do art. 485), e nem por isso se pode dizer que, vistas por uma perspectiva funcional, seriam elas questões de direito.

Convém, portanto, distingui-las com base em critério funcional.

Considera-se questão de fato toda aquela relacionada aos pressupostos fáticos da incidência; toda questão relacionada à existência e às características do suporte fático concreto, pouco importa se, examinada pela perspectiva do objeto, é questão de fato ou questão de direito. Por exemplo: toda questão relacionada à causa de pedir será considerada questão de fato.[16]

Será questão de direito toda aquela relacionada com a aplicação da hipótese de incidência no suporte fático; toda questão relacionada à tarefa de subsunção[17] do fato (ou conjunto de fatos) à norma.

Esta distinção é fundamental do ponto de vista prático.

As questões de direito podem ser apreciadas de-ofício pelo magistrado. Vige a regra do *iura novit curia*: do direito cuida o juiz; o magistrado não fica adstrito à iniciativa da parte para identificar a norma jurídica que lhe caiba aplicar.[18] Algumas questões de fato, como aquelas relacionadas à causa de pedir e às exceções em sentido estrito, não podem ser conhecidas pelo juiz sem que tenha havido provocação da parte ou do interessado (arts. 128 e 460 do CPC); outras, no entanto, podem ser examinadas *ex officio*, como se percebe dos arts. 131 e 462 do CPC.[19] As questões de direito não se submetem, em regra, à preclusão (podem ser alegadas a qualquer tempo, ressalvada a existência de anterior

14. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência.* 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 41-42.
15. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória". *Temas de direito processual – quarta série.* São Paulo: Saraiva, 1989, p. 208.
16. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória", cit., p. 207.
17. Sabe-se que aplicação da norma não obedece a esquema tão simples; há aspectos valorativos que não podem ser olvidados. Para o objetivo deste estudo, a noção de subsunção é bastante.
18. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória", cit., p. 210.
19. É por isso que o Tribunal não pode apreciar o pedido de rescisão da sentença com base em outro dispositivo violado, diverso daquele que foi indicado pelo autor na petição inicial da ação rescisória. Se assim proceder o tribunal, violará o art. 128 do CPC, pois aporta ao processo nova causa de pedir. (Por todos, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória", cit., p. 210-211). A propósito, enunciado n. 498 da súmula do TST, *fine:* "No entanto, fundando-se a ação rescisória no art. 485, inc. V, do CPC, é indispensável expressa indicação, na petição inicial da ação rescisória, do dispositivo legal violado, por se tratar de causa de pedir da rescisória, não se aplicando, no caso, o princípio 'iura novit curia'".

decisão a seu respeito), enquanto as questões de fato, ao contrário, no mais das vezes se lhe submetem (por exemplo, arts. 300 e 517 do CPC).

Há incidentes processuais que somente podem ter por objeto questões de direito, como são os casos do incidente de declaração de inconstitucionalidade (art. 480 do CPC) e do incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476 do CPC). Os recursos extraordinários (recurso extraordinário para o STF, art. 102, III, CF/88; recurso especial para o STJ, art. 105, III, CF/88) somente podem ter por objeto de julgamento uma questão de direito.

As questões de fato compõem o objeto da prova; as questões de direito não requerem prova – não confundir, entretanto, com a prova do direito, a que se refere o art. 337 do CPC, pois, neste caso, o teor e a vigência do direito objetivo são encarados como fatos.

5.3. Questões preliminares e questões prejudiciais

Há questões que devem ser examinadas antes, pois a sua solução precede logicamente à de outra.[20] O exame das questões prévias sempre pressupõe a existência de ao menos duas questões: a que precede e subordina e a que sucede e é subordinada. Quando entre duas ou mais questões houver relação de subordinação, dir-se-á que a questão subordinante é uma questão prévia. As questões prévias dividem-se em prejudiciais e preliminares. É importante lembrar, ainda, que, entre duas ou mais questões, pode existir uma relação de coordenação: "no sentido de que as duas questões, ou mais exatamente as soluções que se lhe dêem, estão ordenadas a um fim comum".[21]

Não se distinguem as questões prévias pelo seu conteúdo (mérito e não-mérito). "O que importa, portanto, para a distinção entre prejudicial e preliminar, não é, assim, a natureza da questão vinculada, mas o teor de influência que a questão vinculante terá sobre aquela (vinculada)".[22] É equivocada a distinção que se faz entre prejudiciais (mérito) e preliminares (processuais). A distinção correta baseia-se na relação que mantêm as diversas questões postas à cognição judicial. É importante frisar, por isso mesmo, que os conceitos de questão preliminar e questão prejudicial são conceitos relativos: "não se há de dizer de uma questão X que seja, em si mesma, prejudicial ou preliminar, mas que é prejudicial ou preliminar da questão Y".[23]

Adota-se, mais uma vez, a concepção de José Carlos Barbosa Moreira.

Considera-se questão preliminar aquela cuja solução, conforme o sentido em que se pronuncie, cria ou remove obstáculo à apreciação da outra. A própria possibilidade

20. José Carlos Barbosa Moreira considera que melhor seria a menção a "questões prioritárias", em vez de "questões prévias", exatamente para que não houvesse dúvida de que a precedência é lógica e não cronológica ("Questões prejudiciais e questões preliminares". *Direito processual civil – ensaios e pareceres.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 76).
21. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Questões prejudiciais e questões preliminares", cit., p. 75.
22. ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada.* São Paulo: RT, 1977, p. 15.
23. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Questões prejudiciais e questões preliminares", cit., p. 89.

de apreciar-se a segunda depende, pois, da maneira por que se resolva a primeira.[24] A preliminar é uma espécie de obstáculo que o magistrado deve ultrapassar no exame de uma determinada questão. É como se fosse um semáforo: acesa a luz verde, permite-se o exame da questão subordinada; caso se acenda a vermelha, o exame torna-se impossível.[25] As questões preliminares referem-se à possibilidade de exame da questão de mérito.[26]

Afirma-se que a questão preliminar não pode ser objeto de um processo autônomo.[27] Essa afirmação somente se justifica se adotado o conceito estreito de questão, visto no item acima. É plenamente possível que uma questão principal (um pedido) seja preliminar a outro. Dois exemplos: (a) O pedido de rescisão é preliminar ao pedido de rejulgamento na ação rescisória (art. 488, I, do CPC). (b) O exame da demanda principal é preliminar ao exame da denunciação da lide, pois, vencedor o denunciante, a denunciação não será examinada.

José Carlos Barbosa Moreira identifica três tipos de questões preliminares. Eis a sua classificação.

a) Preliminares ao conhecimento do mérito da causa. Os pressupostos de admissibilidade do exame do mérito (pressupostos processuais e condições da ação) são questões preliminares, na medida em que, a depender da solução que se lhes dê, podem impedir o exame do objeto do processo. Essas preliminares são questões processuais.

b) Preliminares de recurso: "...questões de cuja solução depende a possibilidade de julgar-se o mérito da impugnação...".[28] São preliminares de recurso todos os seus requisitos de admissibilidade: cabimento, legitimidade, interesse, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, tempestividade, regularidade formal e preparo.

c) Preliminares de mérito: "...as questões já situadas no âmbito do *meritum causal*, mas suscetíveis, se resolvidas em certo sentido, de dispensar o órgão julgador de prosseguir em sua atividade cognitiva (v. g., a questão da prescrição)".[29]

Considera-se questão prejudicial aquela de cuja solução dependerá não a possibilidade nem a forma do pronunciamento sobre a outra questão, mas o teor mesmo desse pronunciamento. A segunda questão depende da primeira não no seu ser, mas no seu modo de ser.[30] A questão prejudicial funciona como uma espécie de placa de trânsito, que determina para onde o motorista (juiz) deve seguir. Costuma-se dizer que as questões prejudiciais

24. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Questões prejudiciais e questões preliminares", cit., p. 87.
25. O exemplo é de Hélio Tornaghi (*Curso de Processo Penal.* São Paulo: Saraiva, 1980, p. 143).
26. TORNAGHI , Hélio. *Curso de Processo Penal*, cit., p. 143.
27. FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade.* São Paulo: RT, 1988, p. 52.
28. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, item 370, p. 679.
29. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 11 ed., cit., item 370, p. 679.
30. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Questões prejudiciais e questões preliminares", cit., p. 83.

podem ser objeto de um processo autônomo.[31] São exemplos de questões prejudiciais: a) a validade do contrato, na demanda em que se pretende a sua execução; b) a filiação, na demanda por alimentos; c) a inconstitucionalidade da lei, na demanda em que se pretenda a repetição do indébito tributário etc.

Quando a questão prejudicial é o próprio objeto litigioso do processo (questão a ser resolvida *principaliter*), a doutrina costuma referir-se à causa prejudicial, ao invés de "questão prejudicial", expressão que ficaria restrita à situação em que o exame da questão fará parte apenas da fundamentação da decisão. É, como visto, um problema terminológico: basta que se tenha em vista que tanto é questão a que apenas será conhecida como aquela que, além disso, será decidida.[32]

A questão prejudicial pode ser interna, quando surge no mesmo processo em que está a questão subordinada, ou externa, quando está sendo discutida em outro processo. A distinção é relevante para fins de suspensão do processo (art. 265, IV, "a", CPC).

Tratando-se de questão prejudicial interna, é possível que sua resolução não seja da competência do juiz do processo, ainda que este detenha competência para julgamento da questão principal. Ocorrendo isso, três são as possíveis soluções: a) remessa de todo o processo para o juiz competente para o julgamento da questão prejudicial, que também teria a competência para o julgamento da prejudicada (como pode ocorrer com a aplicação do art. 555, §1°, do CPC);[33] b) atribuição ao juiz da causa para, incidentalmente, resolver a questão prejudicial (por exemplo: art. 93, §1°, do Código de Processo Penal); c) cisão de julgamento, com a remessa do exame da questão prejudicial para a resolução pelo juiz detentor da competência exclusiva para a matéria tratada nesse julgamento incidental, retornando o processo, a seguir, ao juízo originário para a resolução da questão principal, de acordo com o que se houver decidido no incidente (é o que ocorre no incidente de declaração de inconstitucionalidade em julgamento no tribunal: arts. 480-482 do CPC).[34]

A questão prejudicial pode ser homogênea, quando integrante ao mesmo ramo do Direito da questão subordinada (filiação/alimentos, *e. g.*), ou heterogênea, quando pertencentes as questões a ramos do Direito distintos (validade do casamento/crime de

31. "Questão que se caracteriza por ser um antecedente lógico e necessário da questão prejudicada, cuja solução condiciona o teor do julgamento da questão subordinada, trazendo ainda consigo a possibilidade de se constituir em objeto de processo autônomo". (FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade*, cit., p. 96)
32. FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade,* cit., p. 60, item 24.
33. "§ 1° Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso".
34. Sobre as soluções alvitradas, Adroaldo Furtado Fabrício. "A prejudicialidade de direito Comunitário nos Tribunais Supranacionais". *Ensaios de direito processual.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 132-133. Os exemplos para as hipóteses "a" e "b" não foram citados por esse autor.

bigamia). Esta distinção tem relevância para a solução dos problemas relacionados à conexão por prejudicialidade. Se heterogênea e externa a questão prejudicial, dificilmente será possível a reunião dos feitos como efeito da conexão por prejudicialidade, por força da incompetência absoluta em razão da matéria, a determinar, por isso mesmo, a suspensão de um dos processos (art. 265, IV, "a", do CPC). Quando, não obstante a heterogeneidade, o juízo tiver competência material para conhecer de ambas, a reunião das causas se impõe, em razão da conexão.

5.4. Condições da ação, pressupostos processuais e mérito: questões de admissibilidade e questões de mérito[35]

Em razão do desenvolvimento dos estudos processuais, difundiu-se a distinção entre ação, processo e mérito, passando os doutrinadores a classificar as questões de acordo com o seguinte trinômio:[36] "pressupostos processuais" (expressão que envolve tanto os pressupostos de existência como os requisitos de validade do processo), condições da ação e questões de mérito. Como é fácil perceber, trata-se de classificação que toma por base o objeto das questões.

Não está livre de críticas esta tripartição.

De fato, o mais correto seria dividir as questões em questões de mérito e questões de admissibilidade. Dois são os juízos que o magistrado pode fazer em um procedimento: o juízo de admissibilidade (validade do procedimento; aptidão para a prolação do ato final) e o juízo de mérito (juízo sobre o objeto litigioso). Se apenas há dois tipos de juízo, não há sentido em distinguir três tipos de questão: ou a questão é de mérito ou é de admissibilidade, *tertium non datur* (princípio lógico do terceiro excluído).

O legislador brasileiro, impressionado, sobretudo, com a teoria de Enrico Tullio Liebman, preferiu, no entanto, subdividir as questões de admissibilidade em duas categorias: as questões relacionadas ao processo e as questões relacionadas ao direito de ação. O curioso é que, na teoria geral dos recursos (que cuida do procedimento recursal), somente se cogita dos requisitos de admissibilidade e do mérito – e autores que adotam o trinômio não o fazem quando partem para examinar os recursos. A doutrina alemã, de igual modo, somente se refere ao mérito e aos pressupostos processuais. A opção decorre de um postulado lógico, como visto.

35. Celso Neves vislumbra um quadrinômio de questões. Além dos pressupostos, haveria os supostos processuais: pressuposto é só o de existência (para o autor, o exercício do direito de ação); uma vez preenchido, o processo passa a existir e os problemas atinentes à sua validade já pertencem ao plano da sua estrutura, não podendo ser considerados como pressupostos seus, mas verdadeiros supostos, de que depende o seu desenvolvimento ulterior. Admite como pressupostos os requisitos que devem preexistir para que a relação jurídica processual exista; supostos seriam os requisitos que deveriam coexistir para lhe determinarem validade (*Estrutura fundamental do processo civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 199-200).
36. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Questões prejudiciais e questões preliminares", cit., p. 75.

Cândido Dinamarco, recentemente, não obstante seguidor de boa parte das concepções de Liebman, trilhou esse caminho nas suas Instituições, quando afirma que não há necessidade de distinguir os pressupostos de admissibilidade, "sendo tendência moderna o agrupamento de todos na categoria dos pressupostos do julgamento (ou pressupostos processuais, como está na lei e doutrina dos alemães)".[37]

A legislação brasileira e os doutrinadores adeptos da teoria dominante entendem que a categoria "condições da ação" é estranha ao mérito; tampouco pertenceria à órbita dos pressupostos processuais. Constituir-se-ia, na lição de Adroaldo Furtado Fabrício, em um círculo concêntrico intermediário entre o externo, correspondente às questões puramente formais, e o interior, representativo do mérito da causa.[38] Nem admissibilidade nem mérito. Haveria, pois, três juízos: sobre a admissibilidade, sobre a ação e sobre o mérito, embora só houvesse dois tipos de decisão: as que não examinam o mérito (por falta de pressuposto processual ou de condição da ação) e as que o examinam. A crítica à opção legislativa está no capítulo relacionado às condições da ação.

As condições da ação e os pressupostos processuais comporiam, de acordo com a sistematização do legislador brasileiro, uma categoria maior de questões: as questões de admissibilidade do processo. São chamados de requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito ou requisitos de admissibilidade do processo.

Há requisitos de admissibilidade do procedimento principal (aquele instaurado pela demanda inicial), cuja falta compromete todo o processo (conjunto de todos os atos, quer pertençam ao procedimento principal, quer pertençam a procedimentos incidentais), e requisitos de admissibilidade de cada procedimento incidente/recursal que componha a estrutura da relação jurídica processual (requisitos de admissibilidade do recurso, das exceções instrumentais etc.), cuja falta inviabiliza apenas o procedimento a que se relaciona.

Agora, as questões de mérito.

As questões de mérito (*lato sensu*) devem ser divididas: (a) Há as questões de mérito *(stricto sensu)* que serão resolvidas pelo magistrado como simples fundamento: as defesas do réu, o exame da questão prejudicial, o exame da causa de pedir etc. – a doutrina geralmente designa apenas essas como questões de mérito; (b) E o mérito propriamente dito, que é a questão principal, o objeto litigioso. Não podem ser confundidas uma e outra, pois somente a decisão acerca destas (b) é que pode ficar imune pela coisa julgada (aliás, como já visto). Chama-se de juízo de mérito a decisão sobre a questão de mérito principal, em que se examinam as outras questões de mérito (fundamentos).

É possível que algumas questões sejam de admissibilidade, em relação a um dado procedimento, e de mérito, em relação a outro. Jamais uma mesma questão pode ser de

37. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 3, p. 128. Também, do mesmo autor, *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 2, n. 727, p. 616-618.
38. "Extinção do Processo e Mérito da Causa". *Ensaios sobre direito processual.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 379.

admissibilidade e de mérito em relação a um mesmo procedimento.[39] Na prática, não se costuma tomar o cuidado de atentar para essa sutileza. A "legitimidade *ad causam*" é uma condição da ação – questão de admissibilidade, pois –, mas pode ser questão de mérito de um recurso em que se discuta a ilegitimidade de uma das partes;[40] a competência do juízo é, de regra, uma questão de admissibilidade, mas é questão de mérito na ação rescisória por incompetência absoluta (art. 485, II, CPC), na exceção de incompetência relativa e nos embargos à execução contra a fazenda pública (art. 741, I, CPC).[41] Quando uma questão processual compõe o mérito, haverá outras questões processuais que serão questões de admissibilidade. Essa observação é importante, pois, sendo questão de mérito de um procedimento principal uma condição da ação ou um pressuposto processual, a sua análise estará apta a ficar imune com a coisa julgada material. O mérito de um procedimento pode ser composto exclusivamente por questões processuais.

6. ESPÉCIES DE COGNIÇÃO

O fenômeno cognitivo pode ser visualizado em dois planos, ainda de acordo com o estudo de Kazuo Watanabe.[42]

Em primeiro lugar, o plano horizontal (extensão), que diz respeito à extensão e à amplitude das questões que podem ser objeto da cognição judicial. Aqui se definem quais as questões podem ser examinadas pelo magistrado. A cognição, assim, pode ser: a) plena: não há limitação ao que o juiz conhecer; b) parcial ou limitada: limita-se o que o juiz pode conhecer. O procedimento comum é pleno, na medida em que não há qualquer restrição da matéria a ser posta sob apreciação; o rito da desapropriação, no entanto, é de cognição limitada, porquanto não se possa, em seu bojo, discutir a validade do ato expropriatório. A limitação da cognição normalmente favorece à celeridade processual, daí a razão de muitos procedimentos especiais terem por característica exatamente a limitação cognitiva.

Em segundo lugar, o plano vertical (profundidade), que diz respeito ao modo como as questões serão conhecidas pelo magistrado. Aqui se responde à pergunta: de que forma o órgão jurisdicional conheceu aquilo que lhe foi posto à apreciação? A cognição

39. "É notória a existência de processos em que a questão de mérito tem de ser resolvida à luz de normas de direito processual" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 142).
40. "Lê-se com certa frequência, em minutas de julgamento e em acórdãos concernentes a recursos, que o órgão julgador, 'preliminarmente', rejeitou a arguição de ilegitimidade *ad causam*, ou a de prescrição, e assim por diante. Tal modo de falar deve ser evitado como equívoco: há confusão entre preliminar do recurso e preliminar da causa. A questão da ilegitimidade ou a da prescrição pode constituir o próprio objeto da impugnação do recorrente, de modo que, depois de decidi-la, o órgão julgador já nada mais teria que apreciar. O recurso, insista-se, terá sido julgado no mérito". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed., cit., p. 680).
41. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A competência como questão preliminar e como questão de mérito". *Temas de direito processual – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 100-104.
42. *Da cognição no processo civil*, cit., p. 84-94.

poderá ser, portanto, exauriente ou sumária, conforme seja completo (profundo) ou não o exame. Somente as decisões fundadas em cognição exauriente podem estabilizar-se com a coisa julgada. Daí poder afirmar-se que a cognição exauriente é a cognição das decisões definitivas.

Combinam-se estas modalidades de cognição para a formação dos procedimentos.

Há procedimentos de cognição plena e exauriente, que são a regra. A solução dos conflitos de interesses é buscada através de provimento que se assente em procedimento plenário quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade desta mesma cognição. Decisões proferidas aqui são, por exemplo, aquelas dos procedimentos comuns (ordinário, sumário ou o dos Juizados Especiais Cíveis), passíveis de produção de coisa julgada material. Prestigia-se o valor segurança.

A cognição pode ser parcial e exauriente: a limitação é apenas do que; quanto às questões que podem ser resolvidas, a cognição é exauriente, de sorte que a sentença (julgado) tem aptidão para produzir coisa julgada material. Ao estabelecer as limitações, o legislador leva em conta: a) as peculiaridades do direito material, e/ou; b) a necessidade de tornar o processo mais célere. Ressalva-se, todavia, o direito de questionar as questões controvertidas excluídas em demanda autônoma. Há o prestígio dos valores certeza e celeridade, na medida em que se permite o surgimento de uma sentença em um tempo inferior àquele que seria necessário ao exame de toda a extensão da situação litigiosa. São exemplos: a) conversão da separação judicial em divórcio (art. 36, parágrafo único, Lei Federal n. 6.515/77); b) embargos de terceiro (art. 1.054); c) desapropriação.

A cognição poderá ser, ainda, plena e exauriente "*secundum eventum probationis*": sem limitação à extensão da matéria a ser debatida em juízo, mas com o condicionamento da profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes. Trata-se de técnica processual para conceber procedimentos simples e céleres: a) com supressão da fase probatória específica; ou b) procedimento em que as questões prejudiciais são resolvidas ou não conforme os elementos de convicção; c) ou, ainda, serve como instrumento de política legislativa, pois evita, quando em jogo interesse coletivo e indisponível, a formação de coisa julgada material, a recobrir juízo de certeza fundado em prova insuficiente.

A decisão definitiva da questão principal fica condicionada à profundidade da cognição que o magistrado conseguir, eventualmente, com base na prova existente dos autos (e permitida para o procedimento), efetivar. À conclusão de insuficiência, o objeto litigioso é decidido sem caráter de definitividade, não alcançando a autoridade de coisa julgada material. São exemplos: a) procedimento de inventário, quando se afirma que a questão prejudicial surgida será decidida se o magistrado dispuser de elementos bastantes para o estabelecimento do juízo de certeza; caso contrário, será considerada questão de alta indagação, devendo ser remetida para os meios ordinários (arts. 984 e 1.000 do CPC); b) mandado de segurança (enunciado 304 da súmula da jurisprudência predominante do STF; art. 15, Lei Federal n. 1.533/51); c) desapropriação, na fase de levantamento do preço, havendo dúvida fundada sobre o domínio, o magistrado não deferirá a nenhum dos

litigantes a entrega do preço, determinando a solução da controvérsia em ação própria (art. 34, *caput*, e parágrafo único, do Dec.-lei 3.365/41; d) a disciplina da ação popular (art. 18 da Lei Federal n. 4.717/65) e das ações coletivas (art. 103, I e II, do Código de Defesa do Consumidor).

Pode-se vislumbrar, ainda, a cognição eventual, plena ou limitada, e exauriente (*secundum eventum defensionis*): somente haverá cognição se o demandado tomar a iniciativa do contraditório, eis porque eventual. São exemplos: a) ação monitória (arts. 1.102-A e segs.); e b) ação de prestação de contas (arts. 914-919 do CPC).

A cognição sumária (possibilidade de o magistrado decidir sem exame profundo) é permitida, normalmente, em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou da evidência (demonstração processual) do direito pleiteado, ou de ambos, em conjunto. No plano vertical, a diferença entre as modalidades de cognição está apenas na maneira como o magistrado enxerga as razões das partes (causa de pedir). Vejamos o exemplo da ação possessória: o juiz, ao examinar a inicial, analisa, sumariamente, se houve posse e o esbulho/turbação, para fim de concessão da medida liminar; na sentença, examinará as mesmas questões, desta feita em cognição exauriente.

A cognição sumária conduz aos chamados juízos de probabilidade e verossimilhança; conduz às decisões que ficam limitadas a afirmar o provável, que, por isso mesmo, são decisões provisórias. Tem por objetivos assegurar a viabilidade da realização de um direito ameaçado por perigo de dano iminente (tutela cautelar, em que há cognição sumária do direito acautelado) ou realizar antecipadamente um direito (tutela antecipada). Caracteriza-se, principalmente, pela circunstância de não ensejar a produção da coisa julgada material.

São ambientes propícios à cognição sumária: a) processo de conhecimento de procedimento comum que admite liminar não-cautelar (art. 273 e art. 461, §3°, do CPC) e cautelar (art. 273, § 7°, do CPC); b) processo cautelar; c) processo de conhecimento de procedimento especial com possibilidade de concessão de tutela antecipada (ação possessória, art. 928 do CPC, p. ex.).

CAPÍTULO X

LITISCONSÓRCIO

Sumário • 1. Conceito – 2. Classificação: 2.1. Ativo, passivo e misto; 2.2. Inicial e ulterior; 2.3. O confronto entre os litisconsórcios unitário, simples, necessário e facultativo – 3. Regime de tratamento dos litisconsortes – 4. Litisconsórcio eventual – 5. Litisconsórcio alternativo – 6. Litisconsórcio sucessivo – 7. Litisconsórcio facultativo impróprio. Litisconsórcio recusável. Litisconsórcio multitudinário – 8. Litisconsórcio necessário ativo – 9. A intervenção *iussu iudicis* (art. 47, par. ún., do CPC).

1. CONCEITO

Não há muita discussão sobre o conceito de litisconsórcio: reunião de duas ou mais pessoas assumindo, simultaneamente, a posição de autor ou de réu. Convém lembrar que se os litisconsortes possuírem advogados distintos, seus prazos serão contados em dobro (art. 191 do CPC), regra especial que não se aplica ao prazo recursal, quando somente um dos litisconsortes houver sucumbido (enunciado n. 641 da súmula da jurisprudência do STF).

2. CLASSIFICAÇÃO

2.1. Ativo, passivo e misto

O litisconsórcio pode ser ativo ou passivo, a depender do pólo da relação processual em que ele se formar. Será considerado misto, se a pluralidade de pessoas ocorrer em ambos os pólos da relação.

2.2. Inicial e ulterior

Litisconsórcio inicial é aquele que se forma contemporaneamente à formação do processo (art. 263 do CPC), quer porque mais de uma pessoa postulou, quer porque em face de mais de uma pessoa foi oferecida a demanda.

Litisconsórcio ulterior é aquele que surge após o processo ter-se formado. Tem de ser encarado como exceção, pois não deixa de ser evento que tumultua a marcha processual.

De três maneiras pode surgir o litisconsórcio ulterior: a) em razão de uma intervenção de terceiro (chamamento ao processo e denunciação da lide, por exemplo); b) pela sucessão processual (o ingresso dos herdeiros no lugar da parte falecida, art. 43 do CPC); c) pela conexão (arts. 103 e 105 do CPC), se impuser a reunião das causas para processamento simultâneo.[1]

1. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio.* 5 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997, p. 330.

2.3. O confronto entre os litisconsórcios unitário, simples, necessário e facultativo[2]

O ponto mais importante e difícil, no estudo do litisconsórcio, diz respeito à relação que se precisa estabelecer entre os litisconsórcios unitário/simples e necessário/facultativo.

Vamos conceituar cada um deles, inicialmente. Comecemos pela classificação do litisconsórcio em unitário ou simples. Trata-se de divisão do litisconsórcio que parte da análise do objeto litigioso do processo (e, portanto, da relação jurídica substancial deduzida em juízo).

Diz-se que há *litisconsórcio unitário* quando o provimento jurisdicional de mérito tem que regular de modo uniforme a situação jurídica dos litisconsortes, não se admitindo, para eles, julgamentos diversos. O julgamento terá de ser o mesmo para todos os litisconsortes. O *litisconsórcio unitário* é a unidade da pluralidade: vários são considerados um; o *litisconsórcio unitário* não é o que parece ser, pois várias pessoas são tratadas no processo como se fossem apenas uma. Para que assim se caracterize o litisconsórcio, dependerá ele da natureza da relação jurídica controvertida no processo: haverá unitariedade quando o mérito do processo envolver *uma* relação jurídica *indivisível*. É imprescindível perceber que são dois os pressupostos para a caracterização da unitariedade, que devem ser investigados nesta ordem: a) os litisconsortes discutem uma única relação jurídica; b) essa relação jurídica é indivisível.

Vejamos o caso da solidariedade. É possível o surgimento de litisconsórcio em processos em que se discuta uma obrigação solidária. Nestes casos, haverá o preenchimento do primeiro pressuposto: os litisconsortes discutem uma relação jurídica. Sucede que nem sempre a obrigação solidária é indivisível, embora toda obrigação indivisível com pluralidade de credores/devedores seja solidária. Assim, é importante frisar que a solidariedade não implica, necessariamente, unitariedade. Credores/devedores solidários podem ser litisconsortes unitários (se a obrigação solidária for indivisível) ou simples (se divisível).

Há estreita relação entre o *litisconsórcio unitário* e a co-legitimação: para que duas ou mais pessoas estejam em juízo discutindo uma mesma relação jurídica material, é preciso que tenham elas legitimidade *ad causam* para tanto; ou seja, é preciso que sejam co-legitimadas. Assim, pode surgir *litisconsórcio unitário* quando se "litisconsorciem" para a defesa da mesma relação jurídica: a) dois legitimados ordinários, como dois condôminos em demanda para proteger a coisa comum; b) um legitimado ordinário e um extraordinário, como são os casos dos litisconsórcios entre denunciante e denunciado (arts. 74 e 75, I, CPC) e adquirente e alienante da coisa litigiosa (art. 42,§ 2º, CPC); c) legitimados extraordinários, como é o caso do litisconsórcio entre legitimados para a tutela coletiva (p. ex., litisconsórcio entre o MP estadual e o MP Federal).

2. Escrito com o imprescindível apoio de Rafael Oliveira, Professor-assistente do Curso de Especialização em Direito Processual Civil.

O regime da unitariedade não cogita de ser indispensável, ou não, a formação do litisconsórcio. Atua num outro momento, posterior à necessariedade de sua formação (e, por isso, comumente chamado de "segundo momento"):[3] diante do litisconsórcio já efetivamente formado, regula ele, a partir do exame do objeto litigioso, a uniformidade do julgamento quanto aos litisconsortes. É importante não relacionar, neste momento, o litisconsórcio *unitário* e o litisconsórcio *necessário*, que pertence a outra classificação.

O *litisconsórcio comum* (ou *simples*) é aquele em que a decisão judicial pode ser diferente – a mera possibilidade de a decisão ser diferente já torna *simples* o litisconsórcio. Ocorre quando há uma pluralidade de relações jurídicas sendo discutidas no processo ou quando se discute uma relação jurídica cindível (como normalmente ocorre nos casos de solidariedade, conforme já visto). O *litisconsórcio simples* é o que parece ser: cada um dos litisconsortes é tratado como parte autônoma.

Agora, examinemos a outra classificação: litisconsórcio necessário/facultativo.

Já o *litisconsórcio necessário* está ligado mais diretamente à indispensabilidade da integração do pólo passivo por todos os sujeitos, seja por conta da própria natureza desta relação jurídica (unitariedade), seja por imperativo legal. A necessariedade atua, por isso, na formação do litisconsórcio e nisso, repise-se, difere da unitariedade, vez que esta pressupõe um litisconsórcio já formado. O *litisconsórcio necessário* revela casos de legitimação *ad causam conjunta* ou *complexa*.[4]

A noção de *litisconsórcio facultativo* retira-se por exclusão à de litisconsórcio necessário. Facultativo é o litisconsórcio que pode ou não se formar; trata-se do litisconsórcio cuja formação fica a critério dos litigantes. Com o perdão pelo truísmo: o litisconsórcio será facultativo quando não for necessário. E quando ele é necessário? Vejamos.

É o art. 47 do CPC[5] que trata mais especificamente das hipóteses em que o litisconsórcio será, ou não, *necessário*. Por duas razões, diz o dispositivo aludido, ter-se-á o *litisconsórcio necessário*: a) quando o exigir a própria natureza da relação jurídica deduzida em juízo (ou seja: quando for unitário) ou b) quando o exigir a lei, independentemente da natureza da relação jurídica deduzida em juízo. Assim, percebe-se que o art. 47 do CPC pretendeu, corretamente, ligar a necessariedade, em princípio, à unitariedade: "o litisconsórcio será *necessário*, diz o texto com outras palavras, sempre que unitário. Mas será necessário também, disse-o agora sem muita clareza, quando assim o dispuser a lei.

3. Sobre a expressão, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, ob. cit., p. 160.
4. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, p. 312. "...a legitimidade ordinária de cada co-legitimado está chumbada à dos demais, de modo a só se completar com o concurso de todos os legitimados..." (ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 119.)
5. Art. 47. "Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo".

O que em certos casos deriva de específica disposição de lei é, portanto, a necessariedade do litisconsórcio e não a sua unitariedade".[6]

Daí se pode chegar já a uma conclusão: é perfeitamente possível que haja litisconsórcio *necessário comum* (ou *simples*, ou *não-unitário*). Basta que a lei, por questão de conveniência e buscando preservar o princípio da harmonização dos julgados, e principalmente por economia processual – que é um dos fins a que se presta o próprio instituto do litisconsórcio –, imponha a necessariedade. O litisconsórcio necessário-simples é, basicamente, o litisconsórcio necessário por força de lei.

> Dá-nos exemplos Ovídio A. Baptista da Silva: "No chamado litisconsórcio necessário simples, a sentença não necessita ser uniforme para todos os litisconsortes. É o que se dá na ação de divisão e demarcação (arts. 952 e 967 do CPC); na ação de usucapião (art. 942 do CPC), em que haverão de ser citados, além das pessoas jurídicas de direito público (União Federal e Estado), todos os confrontantes da área usucapienda e ainda os possíveis interessados incertos; e nas ações de inventário e partilha (art. 999 do CPC). Nestes casos, a sentença poderá tratar, e normalmente trata, diversamente cada litisconsorte. A reunião deles numa única demanda decorre mais de uma opção do legislador do que propriamente das relações jurídicas materiais relativas a cada litisconsorte e destes em relação ao seu oponente na causa".[7] Outro exemplo de *litisconsórcio necessário* por força de lei é o do art. 10, §1° e incisos, do CPC.

Durante algum tempo se entendeu que o *litisconsórcio unitário* era uma espécie do gênero *litisconsórcio necessário*. Assim, pensava-se que o litisconsórcio poderia ser *necessário simples*, quando houvesse a possibilidade de julgamento heterogêneo, ou *necessário unitário*, quando o julgamento tivesse de ser único quanto a todos os litisconsortes.

A equivocada visão, porém, foi superada. "O processualista brasileiro moderno coloca corretamente em planos diversos os dois fenômenos, consciente de que são problemáticas distintas a da indispensabilidade da integração de todos os co-legitimados na relação processual (litisconsórcio necessário ou facultativo) e a do regime de tratamento dos litisconsortes no processo".[8]

A regra fundamental estabelecida pelo art. 47 do CPC é de que o litisconsórcio será *necessário* sempre que *unitário*.[9] Mas essa regra comporta exceções, não evidenciadas pela

6. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, ob. cit., p. 141. No mesmo sentido, cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Escritos de direito processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 285.
7. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol I. São Paulo: RT, 2000, p. 211. Para uma extensa lista de exemplos, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, ob. cit., p. 197-203.
8. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 122. Sobre o tema, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "O litisconsórcio e seu duplo regime", in *Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 39 e seguintes.
9. Isto se dá pelo fato de que ambos são, no dizer de DINAMARCO, "expressões de uma só idéia, qual seja a inadmissibilidade de cindir determinada relação jurídica". E continua, afirmando que "seria insuficiente exigir que, em certos casos, o julgamento fosse homogêneo e coerente entre os co-litigantes, permitindo embora que a causa se processasse sem a presença de todos eles: por outro lado, nesses casos 'não teria sentido obrigar diversos sujeitos a estar em juízo juntos', não fora para com isso garantir o tratamento unitário de seus interesses" (*Litisconsórcio*, ob. cit., p. 159). No mesmo sentido, cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros Ed., 1995, p. 89. É essa íntima ligação que, por vezes, leva à confusão feita entre os institutos.

simples interpretação literal do aludido dispositivo: há também situações de *litisconsórcio unitário facultativo* (*ou não-necessário*).

As situações de litisconsórcio *facultativo unitário* ocorrem notadamente quando o *litisconsórcio unitário* deveria formar-se no pólo ativo da relação jurídica processual, mas se reconhece a legitimação ordinária individual ou mesmo a legitimação extraordinária para a propositura da demanda. A facultatividade ocorre porque: a) não se pode condicionar o direito de ação do autor à participação dos demais co-legitimados como litisconsortes ativos e b) proposta a demanda sem a presença de todos os co-legitimados, não poderia o magistrado ordenar a integração do pólo ativo pelos co-legitimados faltantes, já que não é admissível, no nosso sistema, que alguém seja obrigado a litigar, como autor, em demanda judicial".[10] Em suma, o *litisconsórcio necessário* é sempre passivo. Sobre a inexistência de *litisconsórcio necessário ativo*, ver item 8 adiante.

> Eis alguns exemplos de *litisconsórcio facultativo unitário* retirados da extensa lista trazida por Cândido Rangel Dinamarco: a) ação reivindicatória da coisa comum, que pode ser proposta por qualquer dos condôminos (art. 1.314 do CC-2002); b) ação para haver de terceiro a universalidade da herança, para a qual tem legitimidade isolada qualquer dos co-herdeiros (art. 1.791 do CC-2002); c) ação de deserdação, que pode ser proposta por qualquer pessoa a quem aproveite a deserdação; d) ação de dissolução de sociedade, que pode ser proposta por qualquer dos sócios; e) ação de anulação ou declaração de nulidade de deliberação de assembléia de sociedade, que poderá ser proposta por qualquer dos sócios; f) ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão, independentemente da adesão de outros cidadãos também co-legitimados (art. 5.°, LXXIII, da CF; art. 1.° da Lei n.° 4.717/65); g) ação civil pública, que pode ser proposta pelo Ministério Público, pelas pessoas jurídicas componentes da Administração Pública direta e indireta e por associações (art. 5.° da Lei n.° 7.347/85).[11]

Por conta disso, vem-se entendendo que o *litisconsórcio unitário*, quando for passivo, será também *necessário* (aplicando-se a regra geral do art. 47 do CPC), mas, quando for *ativo*, será sempre *facultativo*.[12]

Diante dessa situação – demanda proposta por um litigante, mas que poderia ter sido proposta por mais de um, em litisconsórcio unitário –, é prudente que o magistrado, porquanto não possa extinguir o feito por carência do direito de ação, tampouco possa exigir

10. No mesmo sentido, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, ob. cit., p. 188-191. Em sentido oposto, entendendo essencial que os demais litisconsortes ativos sejam trazidos ao processo, sob pena de extinção sem julgamento de mérito por falta de legitimação para agir, cf. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. II. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 7.
11. Ver extenso rol de exemplos trazidos por Cândido Rangel Dinamarco, *Litisconsórcio*, ob. cit., p. 191-195.
12. "O fenômeno do litisconsórcio unitário facultativo, se não é próprio do lado ativo da relação processual, pelo menos é aí que se manifesta com muito mais acentuada frequência, talvez com exclusividade" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, ob. cit., p. 188).

a presença obrigatória, no pólo ativo da relação, dos demais co-legitimados, determine a intimação daqueles que seriam, tal como o autor, titulares da mesma relação jurídica deduzida em juízo, e que estariam, assim, submetidos à coisa julgada. Essa providência tem o objetivo de dar ciência do litígio ao possível litisconsorte unitário, para que possa tomar a providência que lhe convier – intervir no processo, por exemplo (a intervenção aí seria por meio da assistência litisconsorcial). Isto vai permitir que, tendo ou não ingressado no processo, a esse co-legitimado se estendam os efeitos da coisa julgada, agora sem mais qualquer discussão. Eis aí uma hipótese de intervenção *iussu iudicis* de inegável importância prática, examinada linhas adiante.

Em resumo, pode-se estabelecer quatro regras mnemônicas: a) litisconsórcio *necessário-unitário*: no pólo passivo, como regra, embora não seja absurda a hipótese de um litisconsórcio unitário passivo facultativo (solidariedade passiva em obrigação indivisível); b) litisconsórcio *necessário-simples*: quando a necessariedade se der por força de lei; c) litisconsórcio *facultativo-unitário*, no pólo ativo, quase que exclusivamente; d) litisconsórcio *facultativo-simples*, que corresponde à generalidade das situações.

3. REGIME DE TRATAMENTO DOS LITISCONSORTES

Sobre a influência que a conduta de um litisconsorte pode ter em relação ao outro, três são as regras básicas que devem ser seguidas. As diferenças de tratamento justificam-se pelos regimes do litisconsórcio, se unitário ou simples.

Se o litisconsórcio é unitário, o tratamento dos litisconsortes deve ser uniforme, pois a decisão haverá de ser a mesma para todos; se o litisconsórcio é simples, os litisconsortes são tratados como partes distintas, sendo que os atos de um não beneficiam nem prejudicam o outro (aplica-se, à perfeição, a regra do art. 48 do CPC).

Antes de sintetizar as três regras anunciadas, é necessário que se estabeleça a distinção entre condutas determinantes e condutas alternativas.

Considera-se determinante a conduta da parte que a leva, inexoravelmente, a uma situação desfavorável, como, p. ex., a confissão, a revelia, o reconhecimento da procedência do pedido, a renúncia ao direito sobre o qual se funda a demanda etc. A conduta alternativa é aquela que pela qual a parte busca uma melhora da sua situação processual – é alternativa porque esse resultado almejado não ocorrerá necessariamente, mas é o que se busca. São exemplos: recorrer, contestar, fazer prova etc.[13]

13. Barbosa Moreira confere outro sentido às locuções comportamento determinante e comportamento alternativo. Para o autor os comportamentos determinantes são aqueles a que a lei confere influência decisiva no desfecho do pedido – que pode ser um ato ou omissão. Ex.: revelia, omissão de recorrer, desistência da ação. A cada comportamento determinante corresponde um comportamento alternativo. Os comportamentos alternativos são aqueles que não têm a característica de predeterminar, nem mesmo parcialmente, o conteúdo da regra jurídica concreta cuja formulação se visa. Ex.: contestar, recorrer, prosseguimento do processo (não desistência). (*Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 161-162.) O autor

Feita a diferenciação, ei-las as regras.

1) A conduta determinante de um litisconsorte não pode prejudicar o outro, qualquer que seja o regime de litisconsórcio – veja que no unitário essa conduta será totalmente ineficaz, enquanto no simples somente poderá prejudicar o litisconsorte que a perpetrou;

2) No litisconsórcio simples, a conduta alternativa de um litisconsorte não aproveita aos demais. Cumpre apontar duas situações excepcionais, que merecem análise separada.

De acordo com o princípio da aquisição processual ou da comunhão, a prova uma vez produzida passa a pertencer ao processo, sendo irrelevante saber quem a produziu. Assim, a prova produzida por um litisconsorte simples pode ser aproveitada pelo outro, se houver fato que se queira provar comum a ambos.

Prevê o art. 320, I, do CPC, que a contestação apresentada por um litisconsorte elide as conseqüências da revelia do outro litisconsorte. Essa regra, que se refere a uma conduta alternativa (apresentar contestação), aplica-se sem ressalvas ao litisconsórcio unitário. Em relação ao litisconsórcio simples, é possível que a contestação de um beneficie o litisconsorte revel, se houver fato comum a ambos que tenha sido objeto da impugnação daquele que contestou. Ora, se o fato foi contestado por um, e esse fato também diz respeito àquele que foi revel, não poderia o magistrado considerar o fato como existente para um, em razão da confissão ficta oriunda da revelia (art. 319 do CPC), e não existente para o outro, que apresentou defesa.

3) No litisconsórcio unitário, em razão da necessidade de tratamento uniforme, a conduta alternativa de um litisconsorte estende os seus efeitos aos demais. Exemplo disso é a regra do *caput* do art. 509 do CPC, que amplia a eficácia subjetiva do recurso interposto por um litisconsorte para beneficiar os outros, se o caso for de litisconsórcio unitário.[14] Convém lembrar, porém, que, por opção legislativa, o recurso interposto por um devedor solidário estende os seus efeitos aos demais, mesmo não sendo unitário o litisconsórcio[15] – pois a solidariedade pode implicar litisconsórcio unitário ou simples, a depender da divisibilidade ou não do bem jurídico envolvido (arts. 257-263 do CC-2002).

critica a doutrina que tenta distinguir comportamentos favoráveis e desfavoráveis dos litisconsortes, para dizer que só aqueles primeiros se estendem, por ser o mais justo. Primeiro porque "nem sempre é fácil caracterizar como 'favorável' ou 'desfavorável' o comportamento determinante. Num mesmo comportamento determinante pode coexistir aspectos 'favoráveis' e aspectos 'desfavoráveis' a quem o adote: basta lembrar o caso da transação". Segundo porque o objetivo da lei "não é o de proteger os litisconsortes omissos, permitindo-lhes auferir proveito da atuação dos comparecentes e contudo imunizando-os às desvantagens dessa mesma atuação (...) A *ratio legis* consiste unicamente – é sempre oportuno repetir – na necessidade de assegurar a solução homogênea do litígio". (*Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 174-175.)

14. "Ao litisconsórcio unitário, e somente a ele, deve aplicar-se o disposto no art. 509, *caput*, porque a extensão dos efeitos do recurso aos co-litigantes omissos não tem senão uma razão de ser, que é precisamente a de impedir a quebra da uniformidade na disciplina da situação litigiosa". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 381).

15. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 382-383.

4. LITISCONSÓRCIO EVENTUAL

Cândido Rangel Dinamarco aborda o tema:

> "Questão elegantíssima, sobre a qual nada se conhece na literatura especializada brasileira, é a que diz respeito à admissibilidade do litisconsórcio alternativo ou eventual em nosso sistema de direito positivo. Igualmente na Itália pouco se escreveu a respeito, existindo algumas manifestações no direito alemão. Será lícito colocar em juízo, cumulativamente, duas demandas dirigidas a pessoas diferentes, invocando o art. 289 do Código de Processo Civil (cúmulo eventual), para que uma delas só seja apreciada no caso de rejeitada a primeira? Será lícito comparecerem dois autores, na dúvida sobre qual deles seja o verdadeiro credor, pedindo que o juiz emita um provimento contra o adversário comum, em benefício de um dos dois (cúmulo alternativo)?"[16]

O CPC-73 autoriza que se formulem mais de um pedido, em ordem sucessiva, a fim de que o segundo seja acolhido, em não o sendo o primeiro. É a chamada cumulação eventual ou subsidiária, concretizada no artigo 289 deste diploma legal. Em assim sendo, repita-se a pergunta de Cândido Rangel Dinamarco: será lícito colocar em juízo, cumulativamente, duas demandas dirigidas a pessoas diferentes, invocando o art. 289, do Código de Processo Civil?[17] A resposta é positiva. O curioso é que, no particular, haverá litisconsórcio sem consórcio, pois os litisconsortes serão adversários.

> "Certas situações em que o litisconsórcio facultativo se apresenta como alternativo ou como eventual constituem demonstração viva de que o litisconsórcio em si mesmo não representa um *consortium* entre dois ou vários sujeitos ligados no processo com vista ao mesmo destino, à mesma *sors*".[18]

Segundo Araken de Assis, trata-se de fenômeno que normalmente ocorre no pólo passivo da demanda.[19] Muito importante no tratamento processual da desconsideração da personalidade jurídica.[20] No litisconsórcio eventual a procedência de um

16. *Litisconsórcio*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 390-391.
17. Ob. cit., p. 391
18. DINAMARCO, Candido Rangel. *Litisconsórcio*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 397-398.
19. *Cumulação de ações*. 4 ed. São Paulo: RT, 2002. p. 168.
20. Ver, também, Genacéia da Silva Alberton ("A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor – Aspectos Processuais". *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, v. 7, p. 25-26.) e Flávia Lefèvre Guimarães (*Desconsideração da personalidade jurídica no Código do Consumidor – Aspectos processuais*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 147); DIDIER Jr., Fredie. "Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica". *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Rodrigo Mazzei e Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora JusPODIVM, 2007. Percebeu o ponto Ronnie Preuss Duarte, ao defender a aplicação do litisconsórcio subsidiário em casos de responsabilidade subsidiária: "Em casos tais, o afastamento de possibilidade do litisconsórcio subsidiário implica a necessidade do prévio exaurimento da instância contra o devedor principal para que, só então, admita-se o direcionamento da demanda contra o subsidiariamente obrigado" (DUARTE, Ronnie Preuss. "Litisconsórcios alternativo e subsidiário no processo civil brasileiro". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n. 147, p. 39-40).

pedido implica a improcedência do outro, podendo, ainda, obviamente, ambos ser improcedentes.

5. LITISCONSÓRCIO ALTERNATIVO

Embora não haja, no direito positivo, previsão expressa e genérica da técnica da cumulação imprópria alternativa, têm-na aceitado a doutrina e a jurisprudência, a partir de uma interpretação mais elástica do art. 289. Consiste na formulação, pelo autor, de mais de uma pretensão, para que uma ou outra seja acolhida, sem expressar, com isso, qualquer preferência. É cumulação imprópria, pois somente um dos pedidos formulados poderá ser atendido.

Diferencia-se da cumulação eventual, porque nesta o autor demonstra preferência em relação a um dos pedidos. Não se trata do pedido alternativo do art. 288, que é pedido único, fundado em obrigação alternativa (que se caracteriza por permitir o adimplemento por mais de uma forma).[21] Aqui, são no mínimo dois pedidos autônomos, formulados para que se acolha apenas um deles.

Conquanto não haja norma genérica, vislumbra-se situação específica de cúmulo alternativo na consignação em pagamento, que revela um *litisconsórcio alternativo*: na dúvida, pode o autor dirigir-se a duas pessoas, por não saber a qual das duas se acha juridicamente ligado (art. 895, CPC), requerendo o devedor o depósito e a citação dos que disputam o crédito. Ao julgar a controvérsia entre os dois réus, decidirá o juiz qual deles era o legitimado perante o autor.[22] O litisconsórcio alternativo é facultativo simples.

Araken de Assis informa que o litisconsórcio alternativo normalmente ocorre no pólo ativo.[23]

6. LITISCONSÓRCIO SUCESSIVO

Há, tranquilamente, a possibilidade de cumulação sucessiva de pedidos, de modo que o segundo somente poderá ser acolhido se o primeiro também o for – trata-se de um dos casos de cumulação própria de pedidos. Araken de Assis lembra, por isso, da possibilidade de litisconsórcio sucessivo: um somente obterá o que pede se o outro obtiver. Cita como exemplo o litisconsórcio entre mãe e filho, em que se pleiteiam alimentos e ressarcimento com as despesas do parto.[24] O segundo somente será acolhido, se o primeiro pedido for considerado procedente.

21. Tratando o pedido alternativo como se fosse cumulação alternativa, Ricardo Tjäder, *Cumulação eventual*, p. 35; DUARTE, Ronnie Preuss. "Litisconsórcios alternativo e subsidiário no processo civil brasileiro". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n. 147, p. 39.
22. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 393.
23. *Cumulação de ações*. Cit, p. 168.
24. *Cumulação de ações*. Cit, p. 169

7. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO IMPRÓPRIO. LITISCONSÓRCIO RECUSÁVEL. LITISCONSÓRCIO MULTITUDINÁRIO

Há quem identifique três tipos de litisconsórcio: a) por comunhão (art. 46, I, CPC); b) por conexão (art. 46, II e III, CPC); c) por afinidade (art. 46, IV, CPC). A esse último dá-se o nome de litisconsórcio impróprio. "Entre eles há, como facilmente se nota, uma escalada de intensidade do vínculo que une os litisconsortes, desde um vínculo fortíssimo, representado pela comunhão, até um muito tênue, a mera afinidade de questões".[25]

Denomina-se "impróprio", "porque fundado numa conexidade imprópria"[26] – "quando a decisão das causas depender, total ou parcialmente, da resolução de questões idênticas".[27] Trata-se de litisconsórcio que jamais pode ser unitário,[28] sendo sempre facultativo e ativo.[29]

Explica-o Dinamarco:

> "Exatamente porque tênue o laço entre as demandas (mera afinidade, menos que a conexidade), o litisconsórcio impróprio constitui um dos 'dois tipos extremos' da litisconsorcialidade, em oposição ao litisconsórcio necessário, que é o mais sólido. Recebe legitimação no sistema quase só pela economia processual que é apto a propiciar, porque menos sensível será o conflito entre julgados sobre causas apenas afins (não conexas)".[30]

Sob o regime do CPC-39, art. 88, o litisconsórcio facultativo impróprio ativo poderia ser recusado pelo réu, que não precisava indicar as razões de sua recusa – nesses casos, o litisconsórcio somente se formava se houvesse acordo da parte autora com a parte ré.[31] O litisconsórcio por conexidade era, porém, irrecusável.

A terminologia, porém, não é utilizada da mesma forma. Havia quem considerasse que o litisconsórcio impróprio era o por conexidade, ao passo que o litisconsórcio por afinidade era que deveria ser chamado de litisconsórcio próprio. Ou seja, invertia-se a terminologia. Explica-se: como no litisconsórcio por conexidade a sua formação, que era facultativa, não dependia da concordância do réu, que não poderia recusá-lo, não se poderia dizer que ele seria propriamente facultativo, pois o réu não tinha escolha; no caso do litisconsórcio

25. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil.* 9 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, v. I, p. 172.
26. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio.* 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 91.
27. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. I, p. 109.
28. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário.* Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 194.
29. Não é possível o litisconsórcio por afinidade passivo, tendo em vista o disposto no art. 292, *caput*, CPC, que permite ao autor cumular pedidos apenas contra o mesmo réu, ou todos os pedidos contra todos os réus, exigência que somente pode ser atendida se houver comunhão ou conexão.
30. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio,* cit., p. 91.
31. Machado Guimarães considerava a hipótese de litisconsórcio por afinidade, no CPC-39, "pouco menos do que inútil", tendo em vista a "difícil anuência da parte contrária". ("As três figuras do litisconsórcio". *Estudos de Direito Processual Civil.* Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969, p. 202).

por afinidade, a sua formação dependeria do concurso da vontade dos autores e do réu, daí porque seria possível considerá-lo propriamente facultativo.[32] Embora mais coerente e lógica, não teve a mesma adesão doutrinária que a primeira utilização da terminologia, que ficou consagrada (certamente pela influência da processualística italiana no Brasil).

O que importa, agora, é que essa possibilidade de recusa imotivada do litisconsórcio ativo não foi repetida pelo CPC-73.

Sucede que, em 1994, acrescentou-se um parágrafo único ao art. 46 do CPC, em que se prevê a possibilidade de recusa do litisconsórcio ativo, quando, por ser multitudinário (por envolver uma multidão, na terminologia de Dinamarco), puder comprometer o exercício do direito de defesa ou a rápida solução do litígio. Pode o réu, então, pedir o desmembramento do litisconsórcio – e esse pedido interrompe o prazo de defesa, que recomeçará a correr após a decisão sobre esse incidente.[33] Não há previsão de prazo para esse pedido, razão porque se deve entender aplicável o art. 185, que estabelece o prazo supletivo de cinco dias. O magistrado decidirá o incidente, por decisão interlocutória, que é agravável. O desmembramento do litisconsórcio gerará outras causas, que devem ser distribuídas ao mesmo magistrado, por prevenção, em razão da interpretação analógica do art. 253, II, CPC.

> Dinamarco entende que, por não ser mais possível a recusa arbitrária, não se pode mais falar de litisconsórcio recusável. Agora, o réu deve provocar um incidente, fundamentando a sua recusa, que será apreciada pelo magistrado em decisão interlocutória.[34] "...suprimida na lei vigente a referência ao acordo de todas as partes como requisito para que o litisconsórcio se mantivesse, ficou clara a intenção de eliminar a excrescência...".[35]

O magistrado, fundado no possível comprometimento à rápida solução da demanda, pode limitar *ex officio* esse litisconsórcio ativo. Não há um número predeterminado e máximo de litisconsortes: o caso concreto é que vai dizer qual é o número aconselhável.

A possibilidade de desmembramento não se estende ao litisconsórcio multitudinário ativo unitário, pois o objeto litigioso é único e indivisível.

8. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO ATIVO

Não há hipótese de litisconsórcio necessário ativo.[36]

32. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário,* cit., p. 194.
33. A regra vale também para os Juizados Especiais Federais, conforme o Enunciado n. 19 do FONAJEF de 21.10.2005. Enunciado n. 19: Aplica-se o parágrafo único do art. 46 do CPC em sede de Juizados Especiais Federais.
34. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil.* 4 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997, p. 60.
35. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio,* cit., p. 99.
36. Em sentido diverso, admitindo o litisconsórcio necessário ativo, além de Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, citados ao longo da exposição: LAMBAUER, Mathias. *Do litisconsórcio necessário.* São Paulo: Saraiva,

Nem poderia haver.

O fundamento dessa conclusão é apenas um: o direito fundamental de acesso à justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/88). O direito de ir a juízo não pode depender da vontade de outrem. Se houvesse litisconsórcio necessário ativo, seria possível imaginar a situação de um dos possíveis litisconsortes negar-se a demandar, impedindo o exercício do direito de ação do outro. Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, que admitem a possibilidade de litisconsórcio necessário ativo, reconhecem que "...esta atitude potestativa não pode inibir o autor de ingressar com a ação em juízo, pois ofenderia a garantia constitucional do direito de ação".[37] Essa circunstância, violação intolerável de direito fundamental, já deveria ser o suficiente para inumar a discussão. Sucede que há diversos autores que defendem a existência de casos de litisconsórcio necessário ativo. O exame da questão tem, por isso, de continuar.

O litisconsórcio necessário pode surgir em duas situações, conforme já visto: a) se for unitário; b) se a lei expressamente impuser (art. 47 do CPC). Não há hipótese de litisconsórcio necessário ativo por força de lei – a hipótese do §2º do art. 114 da CF/88 será examinada logo abaixo. Assim, toda a discussão sobre a obrigatoriedade do litisconsórcio ativo restringe-se aos casos de litisconsórcio unitário.[38]

Se unitário, o litisconsórcio deveria ser necessário, tendo em vista que, sendo una e indivisível a relação jurídica discutida em juízo, a solução que se der a ela tem de ser também única, a mesma para todos os litisconsortes ou os possíveis litisconsortes. No entanto, o litisconsórcio unitário relaciona-se aos casos de co-legitimação, como visto; o Direito, por conta disso, autoriza, em diversas situações, que um sujeito esteja em juízo discutindo, em nome próprio, situação jurídica que ou não lhe diz respeito ou

1982, p. 117 e segs; DINAMARCO, Cândido. *Litisconsórcio.* 5 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997, item 58, embora com uma visão muito restritiva do fenômeno; FREIRE, Homero. *Litisconsórcio necessário ativo.* Recife: Livraria Literatura Jurídica Internacional, 1954, p. 78-81; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado.* Antônio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 155; GRANDA, Piedad González. *El litisconsórcio necesario en el proceso civil.* Granada: Editorial Comares, 1996, p. 213-215; ALVIM, Arruda. *Código de Processo Civil Comentado.* São Paulo: RT, 1975, v. 2, p. 385; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento.* 3 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 203-204; MEDINA, José Miguel Garcia. "Litisconsórcio ativo necessário". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1997, n. 88, p. 285 e segs; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 153.

37. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 475. Com posicionamento bastante semelhante, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 107.

38. Nélson Nery Jr. e Rosa Nery discutem o problema do litisconsórcio necessário ativo nos casos em que ele é unitário. Chega-se a essa conclusão a partir da leitura do seguinte excerto do seu trabalho: "Quando, pelo direito material, a obrigatoriedade da formação do litisconsórcio deva ocorrer no pólo ativo da relação processual..." Na mesma página, os autores classificam o litisconsórcio, de acordo com a sorte no plano do direito material, em unitário e simples. (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 475.) Também assim, Mathias Lambauer, *Do litisconsórcio necessário,* p. 117 e segs; DINAMARCO, Cândido. *Litisconsórcio,* cit., p. 221; FREIRE, Homero. *Litisconsórcio necessário ativo.* Recife: Livraria Literatura Jurídica Internacional, 1954, *passim.*

não lhe diz respeito somente – e que poderia estar sendo discutida por um outro sujeito (co-legitimado).

Quando há vários legitimados autônomos e concorrentes, há legitimação extraordinária, porque qualquer um pode levar ao Judiciário o mesmo problema, que ou pertence a um dos co-legitimados, ou a ambos ou a um terceiro. Se a co-legitimação é passiva, e há unitariedade, o litisconsórcio necessário impõe-se sem qualquer problema: como ninguém pode recusar-se a ser réu, o litisconsórcio formar-se-á independentemente da vontade dos litisconsortes. Se a co-legitimação é ativa, e há unitariedade, qualquer dos co-legitimados, isoladamente, pode propor a demanda, mesmo contra a vontade de um possível litisconsorte unitário, que ficará submetido à coisa julgada, como é a regra em casos de legitimação extraordinária,[39] aceita por praticamente a totalidade da doutrina.

Em algumas situações, pode o Direito minimizar as conseqüências da facultatividade do litisconsórcio unitário, quer não estendendo os efeitos da coisa julgada ao co-legitimado (art. 274 do CC-2002, por exemplo), quer exigindo o prévio consentimento do outro (como no caso das pessoas casadas, art. 10 do CPC e art. 1.647, II, do CC-2002), quer exigindo, de logo, a intimação de todos os sujeitos da relação jurídica (ação demarcatória proposta por condômino, art. 952 do CPC). A solução da questão é mais difícil exatamente nas hipóteses sobre as quais o legislador silencia. É em torno dessas situações (os demais casos de litisconsórcio facultativo unitário ativo) que está focada a discussão sobre o litisconsórcio necessário ativo.

É indiscutível, portanto, que a existência de litisconsórcio facultativo unitário ativo pode causar perplexidades, pois um terceiro ficaria submetido à coisa julgada, sem ter participado do processo. Mas esse problema é típico do litisconsórcio facultativo unitário (ativo ou passivo) e da legitimação extraordinária, institutos que indiscutivelmente existem no direito brasileiro. Uma conclusão, porém, é clara: o fato é que a legislação nacional não trata adequadamente do tema.

Nelson Nery Jr. e Rosa Nery trazem solução que merece ser examinada. Os autores, conforme mencionado, admitem a possibilidade de litisconsórcio necessário ativo, mas dizem que um dos litisconsortes pode demandar sozinho, "incluindo aquele que deveria

39. A favor da extensão da coisa julgada ao co-legitimado, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente". *Direito processual civil (ensaios e pareceres).* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 273-294; *Litisconsórcio unitário.* Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 143-145; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 229. Em sentido diverso, não admitindo a extensão da coisa julgada ao litisconsorte estranho ao processo e para quem é possível a existência de tantas coisas julgadas quantos sejam os possíveis litisconsortes, devendo prevalecer a mais recente, TALAMINI, Eduardo. "Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 210-211; GRINOVER, Ada Pellegrini. "Ações concorrentes — Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato". *In* LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 238-243; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros.* 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001; SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e coisa julgada.* 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 96 e segs.

ser seu litisconsorte ativo, no pólo passivo da demanda, como réu, pois existe lide entre eles, porquanto esse citado está resistindo à pretensão do autor, embora por fundamento diverso da resistência do réu".[40] Prosseguem os autores:

> "Citado, aquele que deveria ter sido litisconsorte necessário ativo passa a integrar de maneira forçada a relação processual. Já integrado no processo, esse réu pode manifestar sua vontade de: a) continuar no pólo passivo, resistindo à pretensão do autor; b) integrar o pólo ativo, formando o litisconsórcio necessário ativo reclamado pelo autor. (...) O que importa para que se cumpra a lei e se atenda aos preceitos do sistema jurídico brasileiro é que os litisconsortes necessários – isto é, todos os partícipes da relação jurídica material discutida em juízo – integrem a relação processual, seja em que pólo for".[41]

E arrematam: "Na verdade, não existe o problema do litisconsórcio necessário ativo não-íntegro. O autor, que deveria agir na companhia de um litisconsorte necessário, pode agir sozinho, desde que mova a ação também contra aquele que deveria ser seu litisconsorte necessário ativo".[42]

A solução apresentada pelos professores é interessante, mas não está imune a críticas.

a) Em homenagem à coerência, a solução aplicar-se-ia a qualquer caso de litisconsórcio unitário, em que há pluralidade de sujeitos na relação jurídica de direito material, pouco importa se no pólo ativo ou passivo (inclusive na ação reivindicatória ajuizada por apenas um condômino, com base no art. 1.314 do CC-2002, exemplo retirado do livro dos mesmos professores, p. 479).[43]

b) Não se explica se o autor, nesses casos, formula dois pedidos, um contra o réu originário e outro contra o litisconsorte renitente, bem como se isso, à luz do *caput* do art. 292 do CPC, seria possível, pois, de acordo com essa regra, os pedidos cumulados

40. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 475. José Roberto dos Santos Bedaque traz solução semelhante: "Existe a alternativa de incluir o co-legitimado ativo no pólo passivo do processo. Essa solução é factível, bastando que o autor, ao descrever a causa de pedir, impute a ele comportamento contrário à realização espontânea do direito". (*Código de Processo Civil Interpretado,* cit., p. 155.)
41. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 8 ed., cit., p. 475.
42. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 8 ed., cit., p. 476.
43. Mathias Lambauer, fervoroso defensor do litisconsórcio necessário ativo, formula a sua sugestão, bem parecida com aquela formulada por Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, e que tem as mesmas deficiências: "'Adicitado' ou 'adcitados' os condôminos ou comunheiros, ou, ainda, os potenciais litisconsortes de um modo geral, na conformidade do parágrafo único do art. 47 do CPC em vigor, não estão estes obrigados a integrar, no sentido de participarem da demanda, mas a coisa julgada da sentença a ser proferida no processo os atinge irremediavelmente. Se, eventualmente, discordantes da ação proposta, nada impede integrarem a demanda em pólo processual oposto e deduzirem os seus interesses contrários à ação ajuizada, formando litisconsórcio ao lado do réu. Podem assistir à parte contrária, defendendo a renovação do contrato de locação, em vez da retomada. A validade do ato assemblear ao lado do órgão representativo em vez de sua nulidade com autores". (*Do litisconsórcio necessário,* cit., p. 121-122). Muito semelhante, também, a solução de FREIRE, Homero. *Litisconsórcio necessário ativo*. Recife: Livraria Literatura Jurídica Internacional, 1954, p. 78-81.

devem ser formulados em relação a todos os réus, ressalvada a hipótese de litisconsórcio eventual passivo (art. 289 do CPC).

c) É no mínimo estranho que um sujeito, uma vez demandado, possa, se quiser, tornar-se litisconsorte do autor que lhe dirigiu a demanda – na denunciação da lide promovida pelo autor, o denunciado é, a um só tempo, réu e litisconsorte ativo (art. 74 do CPC), não podendo optar por não ser réu. Essa situação revela que nenhum pedido lhe foi dirigido, pois ninguém pode, por vontade própria, deixar de ser réu. E, se nenhum pedido lhe foi formulado, não se pode dizer que o litisconsorte recalcitrante é demandado/réu.

d) O próprio CPC prevê a possibilidade de um credor solidário de obrigação indivisível (unitariedade) demandar isoladamente toda a dívida, podendo aqueles credores que não participaram do processo receber a sua parte, deduzidas as despesas na proporção do seu crédito (art. 291 do CPC).

e) Por fim, se, como os autores dizem, o litisconsorte recalcitrante será citado como *réu*,[44] circunstância frisada em diversos momentos, litisconsórcio ativo não há no processo, que se estrutura subjetivamente da seguinte forma: A contra B (réu originário) e C (litisconsorte renitente). Pelo que se vê, forma-se um litisconsórcio passivo, e não ativo.[45]

A proposta de Nelson Nery Jr. e Rosa Nery tem, porém, um grande mérito: revela a inadequação da legislação processual para os casos de co-legitimação ativa, em que a relação jurídica material discutida envolve, em um dos seus termos, uma pluralidade de sujeitos. É fundamental, realmente, e é isso o que importa, como disseram os mestres paulistas, que o sujeito da relação jurídica discutida esteja no processo, para que possa defender os seus interesses. Não há dissenso em torno desse ponto. Parece que todos os que defendem o litisconsórcio ativo necessário estão, na verdade, defendendo mais a necessidade da cientificação do possível litisconsorte unitário ativo do que propriamente a existência de um litisconsórcio necessário ativo.[46]

44. Homero Freire chega a dizer que, omisso o litisconsorte renitente, será considerado revel (*Litisconsórcio necessário ativo*. Recife: Livraria Literatura Jurídica Internacional, 1954, p. 81).
45. Há excertos do trabalho desses autores que revelam essa circunstância claramente: a) "Estando no processo, o potencial litisconsorte necessário ativo, que não quis promover a ação em conjunto com o autor, é inexoravelmente réu e, nessa condição, pode continuar se opondo à pretensão do autor, justificando a lide que o tornou réu, agindo, por exemplo, de forma a ajudar o réu contra o autor" (p. 475); b) mais à frente, os autores dizem ser indiferente saber em que pólo estará o litisconsorte renitente, pois o que importa é que ele esteja no processo (p. 477). Mais coerente, Alexandre Câmara, embora não se concorde com a solução final: "Parece-nos, assim, que inexiste litisconsórcio necessário ativo. Nos casos em que a natureza da relação jurídica impõe a presença de todos os seus sujeitos no processo, esta presença pode se dar em qualquer dos lados da relação processual. Assim sendo, aqueles que não quiserem propor a ação deverão ser incluídos no pólo passivo da demanda". (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1, p. 169.)
46. Sérgio Ferraz afirma que deve haver a intimação do possível litisconsorte, para que se lhe estenda a força da coisa julgada (*Assistência Litisconsorcial no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1979, p. 29).

Cândido Dinamarco, embora repute excepcional o litisconsórcio necessário ativo, afirma que, quando não houver expressa autorização legal para a atuação isolada de um dos sujeitos da relação jurídica discutida, caberá ao magistrado, caso a caso, verificar se o resultado que se espera do processo exige, ou não, a manifestação de vontade de todos os beneficiários.[47] Dá como exemplos de litisconsórcio necessário ativo, a ação redibitória ou *quanti minoris* e a ação rescisória,[48] que deveriam ser propostas necessariamente por todos os compradores do bem viciado[49] ou litigantes vencidos, respectivamente.

Cândido Dinamarco não resolve o problema: transfere ao magistrado a tarefa de identificar a exigência do litisconsórcio diante do silêncio da lei. Não há distinção essencial entre as situações dos condôminos, na ação reivindicatória, e dos compradores, nas ações edilícias: há legitimação concorrente em ambos os casos, não se justificando que um comprador fique à mercê do outro comprador, que não quer promover a demanda. A solução do problema não é casuística: ou não se admite a facultatividade do litisconsórcio quando demandada relação jurídica plurissubjetiva, e com isso se ofende irremediavelmente o direito fundamental de ação, ou se veda a legitimação conjunta ativa (litisconsórcio necessário ativo), reconhecendo que conferir legitimação concorrente e exclusiva é criar hipótese de legitimação extraordinária. Opta-se por preservar o direito fundamental de ação.

Homero Freire propõe uma redefinição do conceito de litisconsórcio necessário: a necessariedade do litisconsórcio exige que todos os sujeitos da relação jurídica discutida tenham sido cientificados da pendência do processo, e não que estejam neste ou naquele pólo da relação processual. Não se impede a propositura isolada da demanda, mas exige-se a comunicação, para transformarem-se em litisconsortes, de todos os sujeitos da relação jurídica objeto do processo.[50]

A solução é inviável no plano lógico, que não pode ser ignorado: se é possível um só propor é porque não é necessário que mais de um proponha; e se não é necessário que mais de um proponha a ação, então litisconsórcio necessário ativo não há.

Em outro momento, quando foi examinada a exigência de consentimento do cônjuge para que o outro possa propor uma demanda real imobiliária (art. 10 do CPC), sugeriu-se que o magistrado, diante de ação proposta sem a prova do consentimento, intimasse o outro cônjuge para que tivesse ciência e tomasse as providências que desejasse, tendo em vista a regra do art. 1.649 do CC-2002, que confere apenas ao cônjuge preterido a

47. Em situação semelhante, o STJ dispensou o litisconsórcio necessário: "Qualquer dos colaboradores da obra indivisível tem autonomia para defender seus direitos, ainda que visando à resilição do contrato de edição, sendo dispensável, portanto, a formação de litisconsórcio necessário ativo". (STJ, 4ª. T., REsp n. 88.079, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 04.11.1997, DJ de 15/12/1997.)
48. STJ, 5ª T., REsp n. 109.023, rel. Min. Edson Vidigal, j. 03.12.1998, DJ de 17.02.1999, p. 158: "Não há litisconsórcio ativo necessário na ação rescisória".
49. *Litisconsórcio,* cit., p. 233-234.
50. FREIRE, Homero. *Litisconsórcio necessário ativo*. Recife: Livraria Literatura Jurídica Internacional, 1954, p. 80-81.

legitimidade para discutir a validade do ato praticado sem o seu consentimento. A solução que se propõe para resolver o problema do litisconsórcio facultativo unitário ativo é semelhante àquela.

O demandante pode solicitar a intimação do possível litisconsorte unitário, para que tenha ciência do processo e tome a postura que lhe for conveniente: a) ou assuma a posição de litisconsorte ativo ulterior unitário; b) ou se cale, prosseguindo a condução do processo pelo demandante originário, que é seu substituto processual (legitimado extraordinário); c) ou adira à contestação do réu, resistindo à pretensão do demandante originário, assumindo posição semelhante à de um assistente litisconsorcial passivo[51] e, portanto, litisconsorte unitário ulterior passivo. Nesse último caso, atuaria em nome próprio defendendo a situação jurídica afirmada pelo réu – caso, pois, de legitimação extraordinária.[52]

51. Solução encontrada na doutrina alemã (Blomeyer, Arwed. *Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren.* 2 ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1985, § 112, I, p. 642), citada por Mathias Lambauer (ob. cit., p. 122, nota 26) e Nelson Nery Jr. e Rosa Nery (*Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante,* 8 ed., cit., p. 475). Essa solução é repelida por Cândido Dinamarco. Segundo o autor, "demonstrados que sejam os pressupostos da procedência da demanda proposta pelo co-legitimado, a sua resistência pouco ou nada lhe valerá e a demanda será acolhida afinal e ele terá de sujeitar-se a um resultado que não queria, que não pediu e que poderá ser-lhe danoso no plano econômico ou jurídico-substancial". (*Litisconsórcio,* cit., p. 231). A objeção não procede, porque prova demais: afinal, não é isso o que acontece (submissão a resultado indesejado e prejudicial) a todo aquele que sai derrotado do processo? Por que nesta hipótese deveria ser diferente? Não será por esse motivo que essa solução não poderá ser adotada.
52. Embora permaneça afirmando a existência de um litisconsórcio necessário ativo, a solução de Marcus Vinícius Gonçalves merece ser destacada: "Citado, ele poderá tomar uma entre várias atitudes possíveis: a) poderá simplesmente omitir-se, deixando de comparecer aos autos e de apresentar qualquer manifestação. Apesar disso, está integrando a relação processual como parte (co-autor) e sofrerá os efeitos da sentença como se parte fosse. No entanto, ele nem se beneficiará das verbas de sucumbência, em caso de procedência do pedido, nem será prejudicado, na hipótese de improcedência. A sucumbência é regida pelo princípio da causalidade e deve ser atribuída a quem deu causa à propositura da ação. Como o litisconsorte necessário optou por não participar, a ele não podem ser carreados os proveitos e prejuízos da sucumbência; b) poderá decidir participar, como co-autor, em conjunto com os demais, caso em que lhe será dada a oportunidade de, querendo, aditar a inicial. Por isso que é preciso citá-lo antes dos réus. Se ele decidir atuar no processo, como co-autor passará a beneficiar-se ou responder pelas verbas de sucumbência, conforme o resultado seja ou não favorável a ele; c) poderá ainda comparecer a juízo, não para participar do processo na qualidade de co-autor, mas para impugnar a sua qualidade de litisconsorte necessário, ou ainda para manifestar o seu inconformismo com a propositura da ação ou com o acolhimento do pedido. No primeiro caso, caberá ao juiz analisar a impugnação e verificar se procede ou não. Se sim, o juiz determinará a sua exclusão, se não, o manterá no pólo ativo. Se o litisconsorte apenas reclamar aduzindo que não desejava participar do processo, será mantido no pólo ativo (pois o litisconsórcio é necessário, e sem ele o processo não pode prosseguir), mas ficará preservado das responsabilidades da verba de sucumbência. Observados esses critérios, ter-se-á garantido o direito de acesso à justiça dos demais autores, sem trazer prejuízos àquele que não queria participar da ação". (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil.* São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 156).

Acaso o demandante não solicite a intimação, nada impede que o magistrado o faça, *ex officio* ou por provocação do demandado. Seria espécie de intervenção *iussu iudicis*, adiante examinada.

> O art. 114, § 2º, CF/88, acrescentado pela EC n. 45/2004, dá a entender que um dissídio coletivo trabalhista somente poderia ser ajuizado com o consentimento de ambas as partes: "Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito..." O dispositivo é flagrantemente inconstitucional, pois exige a postulação conjunta de litigantes, o que impede que um dos dois, se outro não quiser, vá a juízo. Há ADI's que foram ajuizadas, cujo objeto é discutir a inconstitucionalidade desse parágrafo, sob o fundamento de violação ao direito fundamental de ação (inciso XXXV do art. 5º da CF/88): 3520, 3432-4, 3431-6, 3423-5, 3392-1.
>
> Ainda sobre o tema, é interessante mencionar o n. 406 da súmula da jurisprudência predominante do TST (Tribunal Superior do Trabalho), que cuida do litisconsórcio em ação rescisória: "I – O litisconsórcio, na ação rescisória, é necessário em relação ao pólo passivo da demanda, porque supõe uma comunidade de direitos ou de obrigações que não admite solução díspar para os litisconsortes, em face da indivisibilidade do objeto. Já em relação ao pólo ativo, o litisconsórcio é facultativo, uma vez que a aglutinação de autores se faz por conveniência, e não pela necessidade decorrente da natureza do litígio, pois não se pode condicionar o exercício do direito individual de um dos litigantes no processo originário à anuência dos demais para retomar a lide".

9. A INTERVENÇÃO *IUSSU IUDICIS* (ART. 47, PAR. ÚN., DO CPC)[53]

A intervenção *iussu iudicis* nada mais é do que o ingresso de terceiro em processo pendente por ordem do juiz. A questão básica é saber se esse instituto existe no direito brasileiro.

Na Itália, há previsão expressa (art. 107), que consagra a possibilidade de o juiz determinar o chamamento do terceiro se entender conveniente para o julgamento da causa. Tal como concebido no direito italiano, não há previsão desse instituto no direito brasileiro, ao menos expressamente.

O art. 91 do CPC-39 autorizava a intervenção *iussu iudicis*, permitindo ao magistrado trazer ao processo terceiros que tivessem com a causa alguma espécie de interesse jurídico, que tornasse conveniente a sua participação no processo. Moacyr Lobo da Costa, ao interpretar o dispositivo da legislação revogada, entendia que a intervenção *iussu iudicis* não é caso de formação de litisconsórcio, muito menos necessário, pois não tem por fim a integração de pessoa indispensável ao válido e regular deslinde do feito. Sua finalidade seria diversa. Entendia que a "causa geral da intervenção é o nexo existente

53. Item escrito com o imprescindível apoio de PAULA SARNO BRAGA, Professora Assistente do Curso de Especialização em Direito Processual Civil.

entre a relação jurídica controvertida e uma outra relação de que o interveniente é sujeito; o fim é trazer para o processo um terceiro que pode ser prejudicado pela sentença a proferir entre as partes originárias ou ao qual se pretende estender a eficácia dessa sentença".[54] Concluía que a intervenção de terceiro *iussu iudicis* era poder do juiz, que poderia ser utilizado quando julgasse oportuna a presença do terceiro no processo, enquanto a determinação do ingresso do litisconsorte necessário é imposição da lei.[55]

O CPC-1973, no entanto, não reproduziu a norma do art. 91 do CPC-1939, prevendo apenas a integração do litisconsorte necessário não-citado. É o que dispõe o parágrafo único do art. 47 do CPC, que prevê expressamente que "o juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo". Se o CPC-1939 não era claro, o CPC-73 foi evidente ao definir que o juiz, mesmo *ex officio*, deve provocar o autor para que promova a integração (citação) de terceiro ao processo, em todas as hipóteses de litisconsórcio necessário, seja simples ou unitário. Não se trata de litisconsórcio necessário por obra do juiz, mas de determinação, pelo juiz, de citação de um litisconsorte necessário, de acordo com os critérios legais que imponham a necessariedade. Se o autor não promover a citação (pagar as custas, providenciar endereço do réu etc.), o magistrado extinguirá o processo sem exame de mérito. Há quem afirme que essa é a intervenção *iussu iudicis* regulada pelo direito brasileiro".[56]

> Neste sentido, identificamos o ponto de vista de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, defendendo que "no sistema vigente o juiz deve determinar ao autor que promova a citação do litisconsorte necessário, ou seja, que o autor manifeste a sua vontade de querer mover a ação também contra o litisconsorte passivo necessário ou de querer que o litisconsorte necessário ativo integre a relação processual".[57] Em contrapartida, pela ausência de citação desses litisconsortes, segundo sua visão, a lei impõe uma sanção: a extinção do processo sem julgamento do mérito.

O que se sugere é uma interpretação extensiva do poder previsto no parágrafo único do art. 47 do CPC, voltando um pouco ao regime do CPC-1939. A intervenção de terceiro por ordem do juiz deve ocorrer não só nos casos de litisconsórcio necessário no pólo passivo (cuja ausência de citação leva à extinção do processo), como também nas hipóteses de litisconsórcio unitário facultativo, para integrar aquele que poderia ter sido litisconsorte unitário, mas não foi, eis que o terceiro será inevitavelmente atingido pela coisa julgada, em virtude da unitariedade da relação material. Além disso, também serviria para cientificar cônjuge/companheiro em demandas reais imobiliárias propostas pelo outro consorte. Em todas essas situações, caberia a intervenção *iussu iudicis*, como forma de

54. *A intervenção iussu iudicis no processo civil brasileiro*. São Paulo: s/ed., 1961, p. 133.
55. *A intervenção iussu iudicis no processo civil brasileiro*. São Paulo: s/ed., 1961, p. 134. Mathias Lambauer, que defende a existência de litisconsórcio ativo necessário, também se refere ao art. 91 do CPC/39 como norma que autorizava a integração do litisconsorte ativo unitário (*Do litisconsórcio necessário*, cit., p. 119).
56. FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 124.
57. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 415.

minimizar os problemas do litisconsórcio facultativo unitário, cumprindo ao magistrado determinar a intimação (e não citação) do possível litisconsorte, para, querendo, integrar a relação processual.

Em 2005, o Min. Celso de Mello, relator dos mandados de segurança n. 24.831, 24.845, 24.846, 24.847, 24.848 e 24.849 (julgados por conexão em 22.06.2005), que discutiam a instalação da chamada "CPI dos Bingos", valeu-se, expressamente, da intervenção *iussu iudicis* para trazer ao processo os líderes dos partidos governistas. Entendeu o ministro que esses líderes, embora não fossem litisconsortes necessários, deveriam *ad cautelam,* participar do processo.

Recentemente, Izabela Rucker Curi defendeu a aplicação da intervenção forçada por provocação do magistrado, com base no art. 107 do CPC Italiano:[58]

> "Incentivar a integração do assistente no processo não consiste apenas em evitar decisões contraditórias. É também uma questão de economia processual, porque muitas vezes evita novas medidas judiciais que seriam intentadas pelo assistente ou contra ele, conforme for o resultado da decisão judicial proferida na ação entre o assistido e a parte contrária. Trata-se, ainda e principalmente, de questão de segurança jurídica, já que o assistente, uma vez tendo integrado o processo, não poderá, respeitadas as exceções legais, discutir a justiça da sentença. (...) Daí porque é recomendável que o magistrado informe o terceiro sobre a existência da lide, quando visualiza seu possível interesse jurídico (estando presentes os pressupostos legais para a formação da assistência), ainda que o Código de Processo Civil não preveja expressamente tal ato".[59]

Teresa Wambier noticia que Proto Pisani já sustentava que, aos terceiros titulares de relações jurídicas dependentes daquelas que está sendo deduzida no processo originário (terceiros indiretamente prejudicados), que serão certamente atingidos pela eficácia reflexa da sentença, deve ser garantido o direito de exercer seu direito de defesa preventivamente, podendo até o magistrado, para tal fim, fazer uso dos poderes que lhe são atribuídos pelo art. 107 do CPC italiano, que diz respeito à intervenção ordenada de-ofício. Tudo isso para dar mais chances ao terceiro de ter ciência do processo pendente *inter alios*, capaz de afetar sua esfera jurídica.[60] Se para aqueles apenas reflexamente prejudicados já se cogita desta providência, o que se dirá para aquele atingido diretamente pela eficácia da decisão, que poderia estar no pólo ativo da relação como litisconsorte unitário?

A providência justifica-se como medida de efetivação do direito fundamental ao contraditório e, ainda, como proteção do princípio da igualdade, porquanto procure evitar

58. Art. 107 do CPC italiano: "(Intervento per ordine del giudice). Il giudice, quando ritiene opportuno che il processo si svolga in confronto di un terzo al quale la causa è comune, ne ordina l'intervento (270-272)."
59. "Considerações sobre a assistência e a provocação do terceiro para intervir no feito". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 489-490.
60. *Os agravos no CPC brasileiro.* 3 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 334.

que o réu se submeta a um processo cujo resultado possa ser impugnado por um terceiro.[61] Garante ao terceiro, também, o exercício da liberdade fundamental de demandar, não lhe sendo imposta a condição de demandante: o terceiro não estaria obrigado a demandar. Está, ainda, em consonância com o princípio da proporcionalidade, pois não causa qualquer prejuízo às partes originárias e se reputa necessária como forma de proteger os direitos fundamentais retromencionados.

Finalmente, é medida que está em harmonia com o sistema jurídico brasileiro: a) na Lei de Ação Popular, impõe-se a intimação da pessoa jurídica de direito público, cujo ato se questiona, para que assuma a posição de litisconsorte ativa ou passiva, conforme seja o seu interesse;[62] b) no Código de Defesa do Consumidor, prevê-se a intimação das vítimas na ação coletiva proposta para a tutela de direitos individuais homogêneos;[63] c) no artigo 125 do CPC, que confere ao magistrado amplos poderes de condução do processo, determinando-lhe que vele pela igualdade das partes (inciso I) e pela rápida solução do litígio (inciso II); d) no art. 952 do CPC, que cuida da ação de demarcação e expressamente autoriza a propositura de ação demarcatória por um dos condôminos, devendo ser citados os demais como litisconsortes (na verdade, intimados obrigatoriamente da propositura da demanda); e) na ação de responsabilidade civil proposta contra o segurado, esse deverá obrigatoriamente comunicar à seguradora a pendência do processo (§ 3º do art. 787 do CC-2002);[64] f) na intimação do fiador na ação revisional de aluguel, obrigatória para alguns autores;[65] g) na intimação do sublocatário na ação de despejo, obrigatória conforme o § 2º do art. 59 da Lei Federal n. 8.245/1991,[66] que poderá tornar-se assistente tanto do locador quanto do locatário (sublocador);[67] h) na exigência de intimação

61. Também sugere essa providência, mas apenas *de lege ferenda*, pois seria necessária regra expressa, TALAMINI, Eduardo. "Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 211.
62. §3º do art. 6º da Lei Federal n. 4.717/1965, que também é aplicado à ação de improbidade administrativa, por força do § 3º do art. 17 da Lei Federal n. 8.429/1992: "A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente". Cândido Dinamarco não aceita a utilização desse paradigma legal como argumento, em razão da sua excepcionalidade. (*Litisconsórcio,* cit., p. 231, nota 28.)
63. Providência que se impõe, a despeito de o regime jurídico da coisa julgada coletiva não prejudicar a vítima: "Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor".
64. "§ 3º Intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador".
65. Por exemplo, FERREIRA, William Santos. "Procedimentos na lei do inquilinato: ação revisional e renovatória de aluguel". *Procedimentos especiais cíveis – legislação extravagante.* Fredie Didier Jr. e Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 996; ASSIS, Araken de. *Locação e despejo.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 45.
66. "Qualquer que seja o fundamento da ação dar-se-á ciência do pedido aos sublocatários, que poderão intervir no processo como assistentes".
67. RESTIFFE NETO, Paulo, e RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Locação – questões processuais.* 4 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 184-185.

do cônjuge do executado, quando houver penhora de bem imóvel (art. 655, § 2º, CPC); i) na denunciação da lide que é, a um só tempo, uma demanda incidental e uma convocação para a formação de litisconsórcio unitário (arts. 74 e 75 do CPC), tendo em vista o reflexo que a decisão possa vir a causar no patrimônio do denunciado.

Não se trata, convém explicar, de provocação para demandar (*provocatio ad agendum*): imposição do magistrado para que o terceiro seja demandante. É mera cientificação, para que terceiro assuma a posição no processo de acordo com os seus interesses. A solução é bastante simples; agrada a ambas as correntes, pois traz o terceiro ao processo sem impor-lhe o exercício do direito de demandar; não compromete a celeridade processual; está de acordo com a ampliação dos poderes de condução do magistrado; não necessita que se alterem as definições de institutos jurídicos consagrados. *De lege ferenda*, impõe-se a revisão do CPC, para que se torne obrigatória a cientificação de terceiro em tais situações e se evitem todas estas delongadas discussões doutrinárias.

CAPÍTULO XI

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Sumário • 1. Introdução – 2. Fundamento da intervenção de terceiro – 3. Conceitos fundamentais: 3.1. Conceito de parte; 3.2. Conceito de terceiro; 3.3. Conceito de intervenção de terceiro; 3.4. Processo incidente e incidente do processo – 4. Efeitos na relação jurídica processual – 5. Controle do magistrado – 6. Momento –7. Hipóteses excepcionais de cabimento: 7.1. Juizados especiais; 7.2. Intervenção de terceiro nos processos de controle concentrado da constitucionalidade; 7.3. Intervenção de terceiros no procedimento sumário – 8. Assistência: 8.1. Considerações gerais; 8.2. Procedimento; 8.3. Classificação: 8.3.1. Assistência simples ou adesiva; 8.3.2. Assistência litisconsorcial; 8.4. Intervenção do co-legitimado; 8.5. Intervenção de legitimado extraordinário para a defesa de direitos coletivos *(lato sensu)* como assistente simples em processo individual – 9. Oposição: 9.1. Conceito; 9.2. Tipos; 9.3. Reconhecimento da procedência do pedido pelos opostos; 9.4. Oposições sucessivas e oposições convergentes – 10. Nomeação à autoria: 10.1. Generalidades; 10.2. A nomeação à autoria feita pelo mero detentor (art. 62 do CPC) e a regra do art. 1.228 do CC-2002; 10.3. A nomeação à autoria feita pelo preposto (art. 63 do CPC). Confronto com os arts. 932, III, e 942, ambos do CC-2002; 10.4. Procedimento – 11. Denunciação da lide: 11.1. Generalidades; 11.2. "Obrigatoriedade" da denunciação da lide; 11.3. Situação processual do denunciado; 11.4. A denunciação da lide em caso de evicção (art. 70, I, CPC) e a regra do art. 456 do CC. A denominada denunciação da lide *per saltum*; 11.5. A denunciação da lide com base no inciso II do art. 70 do CPC; 11.6. A denunciação da lide com base no inciso III do art. 70 do CPC: 11.6.1. Considerações gerais; 11.6.2. A concepção restritiva; 11.6.3. A concepção ampliativa; 11.6.4. A posição do Superior Tribunal de Justiça; 11.6.5. Síntese conclusiva: a nossa opinião; 11.7. Procedimento da denunciação da lide formulada pelo autor (art. 74, CPC); 11.8. Procedimento da denunciação da lide formulada pelo réu (art. 75, CPC); 11.9. O par. ún. do art. 456 do CC-2002 e o inciso II do art. 75 do CPC – 12. Chamamento ao processo – 13. Outras questões: 13.1. A denunciação da lide e o chamamento ao processo nas causas de consumo; 13.2. Intervenção especial da União e das pessoas jurídicas de direito público; 13.3. Intervenção litisconsorcial voluntária ou litisconsórcio facultativo ulterior simples; 13.4. Intervenção do *amicus curiae*: 13.4.1. Noção e hipóteses; 13.4.2. Poderes processuais do *amicus curiae*; 13.5. A nova intervenção de terceiro na ação de alimentos (art. 1.698 do CC-2002) – 14. Quadros sinóticos.

1. INTRODUÇÃO

A sentença normalmente diz respeito às partes que compuseram a relação jurídica processual, não a terceiros. Mas há casos em que a sentença pode atingir a esfera jurídica de terceiro.

A coisa julgada nem sempre é *inter partes*. Não é necessário recorrer-se à coisa julgada coletiva para exemplificarmos a assertiva: a) a substituição processual; b) a situação do adquirente de coisa litigiosa (art. 42, §3º, CPC); c) o terceiro que poderia ter sido assistente litisconsorcial e não foi; d) o responsável executivo (art. 592, CPC); todas essas são situações em que se reconhece, mesmo no plano individual, a produção de efeitos da coisa julgada ou a extensão da eficácia da relação jurídica processual a quem não participou ou não participa do processo.

É natural da relação jurídica processual essa eficácia externa. Bem o disse Donaldo Armelin:[1]

1. *Dos embargos de terceiro*, p. 40.

> "A relação processual se estabelece entre as partes que figuram em seus pólos, sendo normal que os efeitos dela emergentes restrinjam-se às esferas jurídicas dos ocupantes desses pólos. O atingimento de outras esferas jurídicas pode ser ainda conseqüência normal da prestação jurisdicional, como pode resultar de ultra-eficácia insatisfatória a ser coibida pelo sistema jurídico".

O direito criou técnicas para evitar ou minimizar as conseqüências dessa ultra-eficácia: a) as modalidades de intervenção de terceiro, que "testemunham esse empenho do legislador";[2] b) a restrição da eficácia subjetiva da coisa julgada; c) a permissão de processos incidentes, como os embargos de terceiro ou a oposição ajuizada após a audiência (art. 60, CPC).

2. FUNDAMENTO DA INTERVENÇÃO DE TERCEIRO

A intervenção de terceiro no processo pendente justifica-se, em regra, por manter ele um vínculo com a relação jurídica discutida que: a) ou lhe diz respeito diretamente: discute-se relação jurídica de que faz parte o terceiro; b) ou está ligada a outra relação jurídica, que daquela é conexa/dependente; c) ou que, embora não lhe diga respeito, possa ser por ele discutida, em razão de também possuir legitimação extraordinária para tanto (é o que ocorre nos casos de intervenção de co-legitimado).

É fundamental perceber, portanto, que a correta compreensão das intervenções de terceiro passa, necessariamente, pela constatação de que haverá, sempre, um vínculo entre o terceiro, o objeto litigioso do processo e a relação jurídica material deduzida.

Não se permite, como regra, a intervenção sem a demonstração de qualquer interesse, nem com a demonstração de apenas interesse econômico ou moral. O interesse há de ser jurídico. Nada impede, porém, embora a história não recomende, que se imaginem outras modalidades interventivas, calcadas em outras espécies de interesse, como servem de exemplo as intervenções especiais dos entes públicos, adiante examinadas.

3. CONCEITOS FUNDAMENTAIS

3.1. Conceito de parte

O conceito de parte deve restringir-se àquele que participa (ao menos potencialmente) do processo com parcialidade, tendo interesse em determinado resultado do julgamento. Saber se esta participação se dá em relação à demanda, principal ou incidental, ou em relação à discussão de determinada questão, não é algo essencial para o conceito puramente processual de parte. Parte é quem postula ou contra quem se postula ao longo do processo, e que age, assim, passionalmente.[3]

2. ARMELIN, *Embargos de terceiro*, ob. cit., p. 41.
3. Ver, amplamente, o ponto desenvolvido por Dinamarco sobre o conceito puramente processual de parte. O autor elucida com a costumeira sabedoria a questão, em análise muito semelhante a que ora fizemos. Eis as suas lições: "Partes, em pura técnica processual, são 'os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz', ou seja 'os sujeitos interessados da relação processual', são todos aqueles que, tendo proposta uma demanda em juízo (inclusive em processo pendente), tendo sido citados, sucedendo a parte primitiva, ou ingressando em auxílio da parte, figuram como titulares das diversas situações jurídicas, ativas ou passivas, inseridas na dinâmica da relação jurídica processual (poderes, faculdades, ônus, deveres, sujeição). Esse conceito puramente processual de parte (...) é o único capaz de explicar, sistematicamente, a contraposição parte-terceiro, sem as distorções próprias das inconvenientes ligações com fenômenos de direito substancial ou com o objeto do processo." (*Intervenção de terceiros*, p. 16-17).
4. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito Processual Civil – Ensaios e Parece.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 55.
5. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 291. Trata-se de noção sedimentada na doutrina, que dispensa, inclusive, maiores referências.
6. Seabra Fagundes, *Dos recursos...*, ob. cit., p. 49. Aderindo *ipsis litteris*, João Claudino de Oliveira Cruz, *Dos recursos...*, ob. cit., p. 73.
7. DINAMARCO, *Intervenção de terceiros*, p. 39, nota 3.

De três maneiras distintas pode alguém assumir a posição de parte num processo: a) tomando a iniciativa de instaurá-lo; b) sendo chamado a juízo para ver-se processar; c) intervindo em processo já existente entre outras pessoas.[4]

3.2. Conceito de terceiro

Terceiro é conceito que se determina por exclusão em confronto com o de parte. Afirma Barbosa Moreira: "é terceiro quem não seja parte, quer nunca o tenha sido, quer haja deixado de sê-lo em momento anterior àquele que se profira a decisão".[5] Trata-se de conceito simples, decorrente da simples inatividade em relação ao processo.[66]

3.3. Conceito de intervenção de terceiro

A intervenção de terceiro é fato jurídico processual que implica modificação de relação jurídica processual já existente. Trata-se de ato jurídico processual pelo qual um terceiro, autorizado por lei, ingressa em processo pendente, transformando-se em parte.

São duas as premissas fundamentais da teoria geral da intervenção de terceiro: a) terceiros são todos os sujeitos estranhos a dada relação processual, que se tornam partes a partir do momento em que intervenham; b) o acréscimo de sujeitos à relação processual, em qualquer hipótese de intervenção, não importa criação de processo novo ou nova relação processual – a presença de um sujeito a mais torna a relação mais complexa, mas ela é sempre a mesma.[7]

3.4. Processo incidente e incidente do processo

Processo incidente é uma relação jurídica processual nova, assentada sobre um procedimento novo. Considera-se incidente esse processo porque instaurado sempre de modo relacionado com algum processo pendente e porque visa a um provimento jurisdicional que de algum modo influirá sobre este ou seu objeto. Por exemplo: a) embargos do executado; b) embargos de terceiro; c) cautelar incidental; d) reclamação constitucional; e) oposição autônoma (art. 60, CPC).

Incidente do processo é ato ou série de atos realizados no curso de um processo. É um procedimento menor, inserido no procedimento desse processo, sem que surja nova

relação jurídica processual. Exemplos: a) exceções instrumentais de suspeição, impedimento, incompetência relativa; b) incidente de uniformização de jurisprudência; c) incidente de declaração de inconstitucionalidade.[8] Toda intervenção de terceiro é um incidente de processo, jamais processo incidente, pois terceiro ingressa em processo alheio, impondo-lhe alguma modificação.

4. EFEITOS NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

A intervenção de terceiros é fato jurídico processual que transforma pessoa estranha ao processo pendente em parte dele integrante. Não gera processo novo, mas, tão só, interferências (ou efeitos) subjetivas e/ou objetivas no processo já em curso.

Subjetivamente, a relação jurídica processual pode ser alterada ou ampliada; ou seja, pode-se provocar uma modificação de partes – como é o caso da nomeação à autoria – ou uma ampliação subjetiva, um aumento do número de sujeitos – que é o que ocorre com todas as outras modalidades interventivas.

Já em termos objetivos, pode-se ou não alargar o objeto litigioso do processo. Deduzindo-se nova pretensão, ocorre um aumento, uma ampliação do objeto litigioso do processo (ex.: denunciação da lide e oposição). Há, porém, modalidades interventivas que não geram qualquer repercussão objetiva no processo: chamamento ao processo, nomeação à autoria, recurso de terceiro, assistência etc.[9]

5. CONTROLE DO MAGISTRADO

O ingresso de terceiro em processo alheio não é algo deixado à sua discrição. A presença do terceiro reclama o controle jurisdicional de sua legitimidade (legitimidade interventiva), à semelhança do que ocorre com a verificação da legitimação para a causa (condição da ação). Bem pensadas as coisas, o terceiro, ao intervir, ou exerce uma demanda (oposição), ou tem contra si uma demanda (denunciação da lide, nomeação à autoria, chamamento ao processo) ou assume a "ação" de outrem (assistência); em qualquer dos casos, deve preencher as condições da ação.

É por isso que o art. 51 do CPC[10] não deve ser interpretado literalmente, como se autorizasse o terceiro a intervir no processo após a concordância das partes originárias: o magistrado terá de examinar a sua legitimidade interventiva, mesmo se não houver resistência dos demais litigantes.

6. MOMENTO

Basicamente, somente é possível a intervenção de terceiros até o saneamento do feito, visto que seja o momento máximo de estabilização processual. A assistência, o

8. DINAMARCO, *Intervenção de terceiros*, p. 94, nota 118.
9. O chamamento ao processo não amplia o objeto litigioso do processo, pois chamante e chamado são coobrigados; a relação jurídica material é una (vide art. 80 do CPC). A polêmica será examinada mais adiante.
10. "Art. 51. Não havendo impugnação dentro de 5 (cinco) dias, o pedido do assistente será deferido. Se qualquer das partes alegar, no entanto, que falece ao assistente interesse jurídico para intervir a bem do assistido, o juiz..."

recurso de terceiro e as intervenções especiais dos entes públicos, todavia, podem dar-se em segundo grau.

7. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS DE CABIMENTO

7.1. Juizados Especiais

No procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, de acordo com o art. 10, LF 9.099/95, não se admite qualquer forma de intervenção de terceiro no juizado especial cível. Recentemente, porém, Eduardo Sodré, em sua dissertação de mestrado[11], defendeu brilhantemente o cabimento do recurso de terceiro no âmbito dos Juizados Especiais, porque não compromete a celeridade do rito.

7.2. Intervenção de terceiro nos processos de controle concentrado da constitucionalidade

Os arts. 7º e 18 da LF 9.868/99[12] vedam expressamente a possibilidade de qualquer intervenção de terceiros, tanto na ação direta de inconstitucionalidade como na ação declaratória de constitucionalidade. O Presidente da República vetou os §§1º dos mencionados arts. 7º e 18, cujos textos eram os seguintes, respectivamente:

> Os demais titulares referidos no art. 2º poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.[13]

> Os demais titulares referidos no art. 103 da Constituição Federal poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação declaratória de constitucionalidade no prazo de trinta dias a contar da publicação do edital a que se refere o artigo anterior, podendo apresentar memoriais ou pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria.

Essas circunstâncias nos autorizam a chegar a uma conclusão: pretende-se que, nas ações de controle abstrato da constitucionalidade, haja uma maior estabilidade subjetiva, proibindo-se, com o isso, o fenômeno interventivo. A natureza de processo objetivo[14]

11. Trabalho publicado em 2005 sob o título *Juizados Especiais Cíveis – Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
12. "Art. 7º. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade." "Art. 18. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade." No mesmo sentido o art. 169, §2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: "Não se admitirá a assistência a qualquer das partes".
13. São essas as razões do veto: "A aplicação deste dispositivo poderá importar em prejuízo à celeridade processual. A abertura pretendida pelo preceito ora vetado já é atendida pela disposição contida no §2º do mesmo artigo. Tendo em vista o volume de processos apreciados pelo STF, afigura-se prudente que o relator estabeleça o grau da abertura, conforme a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes. Cabe observar que o veto repercute na compreensão do §2º do mesmo artigo, na parte em que este enuncia 'observado o prazo fixado no parágrafo anterior'. Entretanto, eventual dúvida poderá ser superada com a utilização do prazo das informações previsto no parágrafo único do art. 6º." (DOU, 11.11.1999, p. 9).
14. NERY Jr. e NERY, *Código de Processo Civil Comentado...*, p. 1589, com ampla bibliografia; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, p. 86.

impede que se possa alegar violação a qualquer direito individual específico, não havendo razão, portanto, para que haja intervenção de quem quer que seja, pela absoluta impossibilidade de prejuízo a direito subjetivo – razão de ser de toda modalidade interventiva, conforme já visto.[15]

Bem esclarecem os motivos da proibição de intervenção de terceiro, Nery Jr. e Nery:

> "Como o processo das ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucio-nalidade são de natureza objetiva, nele não existindo o interesse subjetivo que caracteriza o processo civil comum, é inadmissível a intervenção de terceiros (denunciação da lide, chamamento ao processo, oposição e nomeação à autoria), bem como também não se admite a assistência simples (CPC 50)".

Assim, também, o Supremo Tribunal Federal, na ADIMC nº. 1.434/SP, cujo relator foi o Min. Celso de Mello:

> "O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º). A impossibilidade da intervenção processual de entidade privada, em sede da ação direta, não traduz qualquer ofensa à garantia constitucional do contraditório. O postulado do contraditório, no processo de controle abstrato de constitucionalidade, vê-se atendido, de um lado, com a possibilidade de o órgão estatal defender, objetivamente, o próprio ato que editou, e, de outro, com a intervenção do Advogado-Geral da União, que, em atuação processual plenamente vinculada, deve assumir, na condição de garante e curador da presunção de constitucionalidade, a defesa irrestrita da validade jurídica da norma impugnada".[16]

Questão interessante e relevante, entretanto, é a de saber se um outro co-legitimado à propositura da ação poderia ingressar como assistente da parte autora, em posição semelhante à de um assistente litisconsorcial. Embora não haja interesse subjetivo a ser defendido, a circunstância da co-legitimação deve ser levada em consideração para que se verifique a admissibilidade da intervenção, pois quem pode o mais (ingressar com a

15. Essa vedação também se estende à arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando for autônoma ou abstrata, eis que também possui natureza de processo objetivo. (CUNHA Jr., Dirley da. "A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 153).
16. STF, ADINMC nº 1434/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 20.08.1996, DJ 22.11.1996, p. 45.684.

demanda), deveria poder o menos (intervir como assistente). Os vetos aos §§1º dos arts. 7º e 18 retromencionados – que previam exatamente a intervenção dos co-legitimados – parecem indicar que, também neste caso, a assistência não seria possível.

Não aplaudimos as razões do veto, que se baseia em dois argumentos: a) questões de celeridade; b) a possibilidade de ingresso do *amicus curiae*, que serviria para a abertura que o preceito vetado se dispusera a conceder.

Sinceramente, não vemos como a intervenção de um co-legitimado pudesse atrapalhar a celeridade processual, nem acreditamos ser esta uma das causas da demora dos litígios.

Do mesmo modo, o assistente litisconsorcial (no caso, co-legitimado à propositura da ação) nada tem a ver com o *amicus curiae*,[17] verdadeiro auxiliar do juízo, cujo ingresso é determinado pelo relator, em decisão irrecorrível, atendendo às circunstâncias da causa (representatividade dos postulantes e relevância da matéria).[18]

Não se justifica, assim, proibir-se a intervenção de um co-legitimado ao fundamento de que a possibilidade de manifestação daquele auxiliar especial do juízo já seria o bastante. As razões do veto ao dispositivo que permitia este ingresso não se sustentam, razão pela qual concordamos, mais uma vez, com o pensamento de Nery Jr. e Nery, que admitem a intervenção de um co-legitimado:

> "A possibilidade de haver intervenção de qualquer dos co-legitimados da CF 103 ou da LADIn 2º, na qualidade assemelhada à do 'assistente litisconsorcial' (CPC 54), na ADIn ajuizada por outro co-legitimado é medida de rigor. Quem pode o mais (mover a ADIN) pode, por óbvio, o menos (intervir em ADIn movida por outrem). O veto ao §1º da norma ora comentada, que corretamente previa essa intervenção, não constitui óbice para que o STF admita a intervenção desses co-legitimados, na qualidade de intervenientes assemelhados ao assistente litisconsorcial. A razão do veto, ao dizer que irá haver atraso na prestação jurisdicional e que o §2º da mesma norma já autorizaria essa intervenção, *data maxima venia* não tem o alcance que nela se apregoa. A intervenção não irá dilargar o andamento do feito e o §2º prevê a intervenção do *amicus curiae*, a critério do relator, que tem natureza completamente

17. "*Amicus curiae*. O relator, por decisão irrecorrível, pode admitir a manifestação de pessoa física ou jurídica, professor de direito, associação civil, cientista, órgão e entidade, desde que tenha respeitabilidade, reconhecimento científico ou representatividade para opinar sobre matéria objeto da ação direta. Trata-se da figura do *amicus curiae*, originária do direito anglo-saxão. No direito norte-americano, há a intervenção por consenso entre as partes ou por permissão da Corte". (Nery Jr. e Nery, *Código do Processo Civil Comentado...*, 2001:1600).
18. Admitindo a intervenção do co-legitimado, eis a lição de Dirley da Cunha Jr.: "Sob outro fundamento, pode-se assegurar que, ao ampliar o rol das pessoas ativamente legitimadas para o exercício da ação direta de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, a Constituição Federal tornou viável a formação de litisconsórcio ativo no processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade. Ou seja, a intervenção do co-legitimado no processo de controle abstrato de constitucionalidade é providência admitida pela própria Constituição de 1988". (CUNHA Jr., Dirley da. "A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 154).

diversa da que previa o §1º. O co-legitimado pode intervir, apresentando razões, documentos, memoriais etc., colaborando com o processo objetivo, de interesse público e social, da ação direta de inconstitucionalidade".[19]

Se se admite o litisconsórcio ativo neste tipo de demanda, realmente não há porque impedir o ingresso de co-legitimado, em posição semelhante ao de assistente litisconsorcial, que nada mais é do que hipótese de litisconsórcio ativo facultativo ulterior.[20] Não se trata, no particular, de analisar eventual interesse subjetivo do co-legitimado, mas, sim, a circunstância de ter ele, também, legitimação para a propositura da ação, o que, *mutatis mutandis*, o equipara àquela figura de terceiro interveniente. A razão de ser da proibição de terceiros, portanto, não se aplica no particular – e se não há identidade de razão, não cabe ao operador pugnar pela aplicação cega e tacanha da letra da lei.

7.3. Intervenção de terceiros no procedimento sumário

Permitem-se no procedimento sumário a assistência, o recurso de terceiro e a intervenção fundada em contrato de seguro, essa última, após a Lei Federal n. 10.444/2002, que pode ser a denunciação da lide ou o chamamento ao processo em causas de seguro.

A intervenção com base em contrato de seguro será, no mais das vezes, a denunciação da lide, porquanto não possua a empresa seguradora vínculo de direito material com o adversário do denunciante-segurado. Sucede que o Código de Defesa do Consumidor, como forma de ainda mais bem tutelar os direitos do consumidor, criou uma figura nova do chamamento ao processo em casos de seguro (art. 101, II, do CDC). Setores da doutrina[21] também identificaram uma nova intervenção fundada em contrato de seguro no parágrafo único do art. 788 do CC-2002.[22] Assim, justifica-se a menção do legislador a "intervenção fundada em contrato de seguro", e não simplesmente a "denunciação da lide", como se poderia inicialmente imaginar[23] que pode ser a denunciação da lide, o chamamento ao processo ou a intervenção prevista no parágrafo único do art. 788 do CC-2002.

19. *Código de Processo Civil Comentado...*, 2001, p. 1.599.
20. Sobre o assunto, ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*, ob. cit., p. 232; ALBERTON, Genacéia da Silva. *Assistência litisconsorcial*, ob. cit., p. 74-80.
21. CARVALHO, Daniel Luz Martins de, CARVALHO, Manuela Ghissoni de. "A intervenção de terceiro em ação direta da vítima contra o segurador e o art. 788 do código civil – uma proposta de interpretação". *Reflexos do Código Civil No Direito Processual.* Rodrigo Mazzei e Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Edições JusPODIVM, 2006; RODRIGUES NETO, Nelson. "A figura do estipulante na ação direta da vítima no seguro obrigatório de responsabilidade civil". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004. p. 697-720; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Algumas regras do Novo Código Civil e sua repercussão no processo: prescrição, decadência etc." *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2003, n.5.
22. "Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório".
23. Sobre o tema, DIDIER JR., Fredie. *A nova reforma processual.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 98-99.

8. ASSISTÊNCIA

8.1. Considerações gerais

A assistência é modalidade de intervenção de terceiro *ad coadjuvandum*, pela qual um terceiro ingressa em processo alheio para auxiliar uma das partes em litígio. Pode ocorrer a qualquer tempo e grau de jurisdição, assumindo o terceiro o processo no estado em que ele se encontra. Permite-se a assistência porque esse terceiro pode vir a sofrer prejuízos jurídicos com a prolação de decisão contra o assistido; esses prejuízos podem ser diretos/imediatos ou reflexos/mediatos. Àqueles corresponde a figura do assistente litisconsorcial; a esses, a do simples. A intervenção permite ao assistente, de certo modo, tentar influenciar no julgamento da causa.

O interesse jurídico é pressuposto da intervenção. Não se a autoriza quando o interesse for meramente econômico ou afetivo. Seja pelo fato de manter relação jurídica vinculada à que está deduzida, seja por ser ela própria que está deduzida.

8.2. Procedimento

O terceiro peticiona ao juiz, expondo os fatos e as razões pelas quais considera ter interesse jurídico na demanda. As partes serão intimadas a se manifestar: a) não havendo impugnação dentro de 5 dias, o pedido do assistente será deferido, se o magistrado reconhecer-lhe legitimidade para intervir (art. 51, CPC); b) se houver impugnação, o juiz, sem determinar a suspensão do processo, mandará autuar o incidente em apenso e determinará a produção de provas (art. 51, CPC), decidindo o incidente em cinco dias.

8.3. Classificação

8.3.1. Assistência simples ou adesiva

Na assistência simples, o terceiro ingressa no feito afirmando-se titular de relação jurídica conexa àquela que está sendo discutida. O interesse jurídico do terceiro reflete-se na circunstância de manter este, com o assistido, relação jurídica que poderá ser afetada a depender do julgamento da causa. Como diz Genacéia Alberton: o assistente simples visa à vitória do assistido, tendo em vista o reflexo que a decisão possa ter em relação jurídica existente entre eles.[24]

Fundamental perceber que, no processo, não se discute relação jurídica da qual faça parte este terceiro, bem como não tem ele qualquer vínculo jurídico com o adversário do assistido. O terceiro intervém para ser parte auxiliar – sujeito parcial mas que, em razão de o objeto litigioso do processo não lhe dizer respeito diretamente, fica submetido à vontade do assistido. Bom exemplo é o do sublocatário, em demanda de despejo contra o locatário, pois o direito dele depende da preservação de direito de outrem; seu interesse

24. ALBERTON, Genacéia da Silva. *Assistência litisconsorcial.* São Paulo: RT, 1994, p. 68.

jurídico é mediato e aparentemente altruísta, pois, para proteger o seu patrimônio, tem de ajudar na defesa do alheio.[25]

> Há quem defenda a intervenção como assistente simples tendo em vista a existência de um interesse institucional, que seria uma dimensão do interesse jurídico. Explica o tema Robson Godinho: "A situação em que se nos afigura mais evidente a presença de interesse institucional é exatamente a hipótese envolvendo prerrogativas institucionais, direitos e garantias de membros do Ministério Público. Em princípio, portanto, apenas em processos em que se possa vislumbrar prejuízo institucional atual ou potencial dos membros do Ministério Público é que se faria presente o interesse jurídico. Em suma, a esfera jurídica do Ministério Público confunde-se com as prerrogativas, direitos e deveres de seus membros e o interesse institucional é que habilitará a Instituição a ingressar em processo como assistente simples. Tudo aquilo que não disser respeito à esfera pessoal do membro do Ministério Público será interesse institucional, já que o Promotor estará no exercício da função e, portanto, não haverá rigorosamente um agir individual e personalizado que possa ser destacado de seu vínculo funcional. O interesse institucional, portanto, transcende a esfera subjetiva do membro da Instituição, fazendo com que haja interesse do Ministério Público em que a sentença seja favorável a seu membro e, com isso, seja favorável à própria Instituição, que teria sua situação jurídica prejudicada em caso de vitória do adversário no processo. (...) É exatamente essa noção de 'caráter institucional' que legitima a intervenção do próprio Ministério Público como assistente simples, a fim de tutelar um interesse institucional".[26]

25. São também exemplos: a) sócios, cujos bens podem ser executados por dívida da sociedade; b) aquele que não fora denunciado da lide, embora pudesse sê-lo, contra a sentença que condena o possível denunciante, nas hipóteses do art. 70, II e III; c) o nomeante expulso do processo, quando a sentença condenar o nomeado, como forma de evitar uma futura ação regressiva.
26. "Ministério Público e assistência: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 831-833. O autor cita os seguintes exemplos de aplicação da sua teoria: a) em determinada Comarca, é ajuizada uma ação em face de um Promotor de Justiça para que se abstenha de se pronunciar na imprensa sobre determinados fatos relacionados a processos em andamento, sob pena de multa diária. Nessa hipótese, entendemos que haveria interesse institucional a justificar a intervenção do Ministério Público, por meio do Procurador-Geral de Justiça, em razão de uma decisão que viole a livre manifestação pública (nos limites legais, evidentemente) causar prejuízo atual ou potencial a toda Instituição; b) Imagine-se, ainda, que um prefeito ajuíze uma ação em face de um membro do Ministério Público alegando que as audiências públicas por ele promovidas, relatórios e recomendações por ele emitidos causam-lhe prejuízos morais e políticos junto à população e, não sendo função do Ministério Público interferir nos rumos da política local, requer que se abstenha de emitir qualquer relatório ou recomendação e a promover audiências públicas que se refiram à administração municipal, sob pena de pagamento de multa diária. Também aqui nos parece evidente a presença de interesse institucional, por se tratar de uma legítima atribuição do Ministério Público a promoção de audiência pública e a expedição de relatórios e recomendações; c) Outra situação que revela a presença inequívoca de interesse jurídico institucional é a impetração de mandado de segurança por violação de direito líquido e certo de um membro do Ministério Público relacionado com exercício de suas funções. Em hipóteses desse jaez, a violação sempre será de um direito ou prerrogativa funcional, o que transcenderá a esfera subjetiva e pessoal do agente, habilitando a instituição a intervir no processo. São os seguintes os exemplos que podem ser formulados: desrespeito ao poder de requisição do Ministério Público; recusa de determinado juiz a intimar pessoalmente o Promotor de Justiça por meio de entrega dos autos com vista; impedir o acesso do Promotor de Justiça a determinadas

Limita-se o assistente a auxiliar a parte principal, utilizando-se dos meios processuais postos à disposição dela (poderá requerer provas, apresentar razões de mérito etc.). Assume a responsabilidade pelo pagamento das custas na proporção da atividade que tiver exercido (art. 32, CPC).

O assistente simples atua no processo como legitimado extraordinário – pois, em nome próprio, auxilia a defesa de direito alheio. Trata-se de legitimação extraordinária *subordinada*, pois a presença do titular da relação jurídica controvertida é essencial para a regularidade do contraditório.[27]

Sendo revel o assistido, será considerado o assistente o seu gestor de negócios: a revelia do assistido não produz efeitos ante a atuação do assistente. Segundo Waldemar Mariz de Oliveira, o assistente funciona como substituto processual *sui generis,* que se afasta do processo com a retomada da marcha processual pelo assistido. Somente os atos benéficos devem ser acolhidos quando praticados pelo assistente como gestor do assistido. A gestão restringe-se ao campo processual, não atingindo atos que digam com o direito material (reconhecimento da procedência do pedido, p. ex.).

Essa assistência não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação etc. (art. 53, CPC), ficando sujeito o assistente aos atos de disposição do assistido, pois é deste o objeto da relação jurídica discutida.

> Há jurisprudência do STJ no sentido de que o recurso interposto apenas pelo assistente simples não pode ser conhecido, tendo em vista a circunstância de a atuação do assistente simples estar subordinada à vontade do assistido. Assim, como o assistido não recorreu, o recurso do assistente simples não poderia seguir autonomamente, pois seria "contrariar" a vontade do assistido, que não recorreu. Assim, por exemplo, STJ, 2ª. T., REsp n. 535.937/SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 26.09.2006, publicado no DJ de 10.10.2006, p. 293: "1. É nítido o caráter secundário do assistente que não propõe nova demanda tampouco modifica o objeto do litígio. O direito em litígio pertence ao assistido e não ao interveniente. 2. Não se conhece do recurso especial interposto, tão-somente, pelo assistente simples. Ausente o recurso especial da assistida". Há um equívoco na premissa: é possível que apenas o assistente simples recorra. Na verdade, eis o seu papel: ajudar o assistido. Pode acontecer de o assistido perder o prazo do recurso; o recurso do assistente evitará a preclusão. É essa, aliás, a orientação do próprio CPC, que expressamente diz

dependências do fórum ou de qualquer outro órgão público. Em qualquer dessas hipóteses, a impetração de mandado de segurança pelo membro do Ministério Público habilita a intervenção da própria Instituição no processo. É certo que o membro do Ministério Público impetrará o mandado de segurança em nome da própria Instituição (como seu "presentante") e não em nome próprio, mas, em razão do interesse institucional, entendemos ser importante permitir a participação no processo do Procurador-Geral de Justiça, na condição de assistente. Também é possível haver assistência no caso de o membro do Ministério Público ser apontado como autoridade coatora em mandado de segurança, desde que esteja envolvida alguma questão institucional (p. 833-834).

27. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária,* p. 10-12. Também assim, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil,* v. II, p. 311.

que, revel o assistido, atuará o assistente como seu gestor de negócios (legitimado extraordinário). Ora, o dispositivo se aplica aos demais casos de condutas omissivas do assistido, não apenas a revelia.

Agora, se o assistido expressamente tiver manifestado a vontade de não-recorrer, renunciando ao recurso ou desistindo do recurso já interposto, o recurso do assistente não poderá, efetivamente, ser conhecido, pois a atuação do assistente simples fica vinculada à manifestação de vontade do assistido (art. 53 do CPC).

Assim, quando houver manifestação de vontade do assistido no sentido de não impugnar ou não mais impugnar a decisão (negócios jurídicos processuais), o recurso do assistente simples será anódino. Quando não houver manifestação de vontade do assistido, que praticou atos-fatos processuais, como a perda de um prazo, a atuação do assistido será eficaz e, caso tenha recorrido, o recurso deve ser conhecido, salvo expressa manifestação contrária do assistido. Exatamente porque se trata de um ato-fato processual, em que a vontade é irrelevante para a configuração da hipótese normativa, não se pode constatar o contraste entre a vontade do assistente simples e a vontade do assistido; esse contraste não se admite, na forma do art. 53, por isso que, quando houver ato negocial dispositivo pelo assistido, a vontade do assistente simples não poderá ser em sentido contrário.

Embora com uma fundamentação confusa, pois mistura situações muito díspares (não interposição do recurso e desistência do recurso pelo assistido, ato-fato e negócio jurídico processual, respectivamente), está correto o precedente do STJ de que não é possível o conhecimento do recurso do assistente simples, quando o contraste entre a vontade do assistido e a vontade do assistente se "verifica porque a União manifestou expressamente o seu desinteresse em recorrer, enquanto o Estado do Rio de Janeiro interpõe o presente recurso especial" (no caso, o Estado do Rio era assistente simples da União; STJ, 2ª. T., REsp n. 105.6127/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 19.08.2008, publicado no DJe de 16.09.2008).

Não poderá o assistente discutir a *"justiça da decisão"* do processo em que interveio, salvo se provar: fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença; desconhecia a existência de alegações ou de provas de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu (art. 55 do CPC). Exemplo: o tabelião que intervém como assistente simples em demanda que pretende nulificar a escritura pública por ele lavrada, em razão de dolo, não poderá, depois, em demanda regressiva porventura ajuizada, discutir a existência do dolo, premissa que foi levada em consideração na sentença proferida no primeiro processo.[28] Há duas hipóteses em que o assistente simples escapa à eficácia da intervenção: se, pelo estado em que assumiu o processo, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença ou se desconhecia a existência de alegações ou de provas de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu (art. 55, I e II, CPC). Assim, uma vez demandado em outro processo, poderá o assistente simples alegar uma dessas duas hipóteses, com o objetivo de desconstituir a eficácia da intervenção. Essas alegações, que são questões de

28. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento.* 3 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 212.

defesa do assistente simples, são chamadas de *exceptio male gesti processus*: exceção de má-gestão processual. O assistente simples alega, em suma, que não pode ficar vinculado à justiça da decisão, pois o processo foi mal conduzido pelo assistido.

A doutrina costuma designar esse fenômeno de "eficácia da intervenção". Vejamos a explicação de Marinoni e Arenhart:

> "Figura semelhante à coisa julgada, o efeito da intervenção também impede ao assistente que discuta a decisão prolatada em eventual processo futuro, tornando-a imutável para ele, assim como acontecerá, em face do trânsito em julgado da sentença de mérito, para a parte. (...)
>
> Como já foi dito, o efeito da intervenção não se confunde com a coisa julgada, sendo ao mesmo tempo mais restrito e mais abrangente do que esta última figura. Mais abrangente porque enquanto a coisa julgada apenas incide sobre o dispositivo da sentença (arts. 468 e 469 do CPC), o efeito da intervenção abrange também a sua motivação, como se tem por evidente da locução empregada pelo art. 55 do CPC, que proíbe o assistente de discutir não só a decisão, mas também a 'justiça' desta última. De outra parte, porém, o efeito é mais restrito do que a coisa julgada, já que esta não pode jamais ser afastada (a não ser em circunstâncias excepcionalíssimas, diante de ação própria para tanto, a ação rescisória – art. 485 do CPC), ao passo que o efeito da intervenção cede se o assistente alegar e provar que 'pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença', ou que 'desconhecia a existência de alegações e ou de provas, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu".[29]

O assistente é parte, só que auxiliar, com menos poderes. Não é parte do litígio, mas é parte do processo. De um modo geral, os processualistas não o consideram parte, o que é um equívoco.

8.3.2. Assistência litisconsorcial

A assistência litisconsorcial cabe quando o terceiro alegar a existência de um interesse jurídico imediato na causa. Diz-se que há esse tipo de interesse jurídico quando a decisão puder afetar relação jurídica de que seja o terceiro, também ou só ele, titular. Mantém, o terceiro, relação jurídica com a parte adversária daquela a quem pretende ajudar.

É possível que a relação jurídica litigiosa envolva ou pertença exclusivamente a pessoas que não estejam fazendo parte do processo: a) na substituição processual, a relação jurídica controvertida pertence ao substituído que, terceiro, poderá recorrer para proteger o seu direito afetado pela decisão (até porque, segundo a maioria, ficará acobertado pela coisa julgada); b) em caso de litisconsórcio unitário facultativo, quando o terceiro ingressa no feito para discutir direitos dos quais também é titular; c) na hipótese do adquirente de coisa ou direito litigioso alienado *inter vivos* que não sucedeu o alienante no feito, *ex vi* do art. 42, §3º, CPC. Em todas estas situações, a decisão eventualmente proferida pode dizer respeito a direitos que pertencem, também ou exclusivamente, a terceiros, até aquele

29. *Manual do processo de conhecimento.* 3 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 211.

momento, estranhos ao processo.[30] O vínculo jurídico aqui é direto e, portanto, mais forte: a relação jurídica de que o terceiro se afirma titular é exatamente aquela discutida judicialmente. São as hipóteses de assistência litisconsorcial.

A assistência litisconsorcial é hipótese de litisconsórcio unitário facultativo ulterior.[31] Trata-se de intervenção espontânea pela qual o terceiro transforma-se em litisconsorte do assistido,[32] daí porque o seu tratamento é igual àquele deferido ao assistido, isto é, atua com a mesma intensidade processual, não vigorando as normas que o colocam em posição subsidiária.

> Há autores, no entanto, que não tratam a assistência litisconsorcial como hipótese de litisconsórcio ulterior. Para esses autores, a assistência, simples ou litisconsorcial, não torna o assistente litisconsorte. Entendem tratar-se a intervenção de um co-legitimado de intervenção litisconsorcial voluntária, seguindo a terminologia de José Carlos Barbosa Moreira.[33]
>
> São exemplos: a) o sócio que adere à pretensão de outro na dissolução da sociedade; b) o acionista que ingressa na ação em que um grupo pede a anulação da assembléia geral ordinária.

8.4. Intervenção do co-legitimado[34]

Co-legitimado é aquele que, por ser também titular da relação jurídica já deduzida em juízo por outrem ou por legitimação extraordinária conferida pela lei, teria legitimação ativa para propor a mesma demanda já proposta ou, no caso de ser co-titular da relação jurídica, teria legitimação passiva para ter sido demandado.

Poderia o co-legitimado, que não esteja no processo, por vontade própria, ingressar no feito? Sim, sem dúvida. A questão, pois, é saber a que título este co-legitimado interviria.

Cândido Rangel Dinamarco entende que haveria aí uma *intervenção litisconsorcial de colegitimados extraordinários*.[35] Tratar-se-ia, segundo o aludido autor, de um desdobramento da *intervenção litisconsorcial voluntária*.

30. A regra do art. 472, CPC, que, peremptoriamente, afirma não poder a coisa julgada prejudicar nem beneficiar terceiros, não se aplica indistintamente a todas as situações, como se sabe. Nem é preciso apelar-se para a coisa julgada coletiva, para que se exemplifique uma eficácia subjetiva *extra partes* da coisa julgada; os exemplos citados no texto são encontrados em litígios individuais e estão espalhados no CPC/73, escancaradamente individualista. Bem se apercebeu do aspecto um dos membros da Comissão Revisora, o Des. Luis Antônio Andrade, em *Aspectos e Inovações do Código de Processo Civil (processo de conhecimento)*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1974, p. 192-193.
31. Sobre o assunto, ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*, ob. cit., p. 232; ALBERTON, Genacéia da Silva. *Assistência litisconsorcial*, ob. cit., p. 74-80.
32. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1974, p. 78-79.
33. "Intervenção litisconsorcial voluntária". *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 21-38.
34. Item escrito com o imprescindível apoio dos professores Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga, meus assistentes no Curso de Pós-graduação.
35. O autor aponta como um dos exemplos desta modalidade de intervenção, o do sócio que intervém no processo instaurado por iniciativa de outros sócios, para anulação de deliberação assemblear (*Instituições de direito processual civil*, vol. II. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 381).

O objetivo de Dinamarco é manter a coerência do seu raciocínio, segundo o qual seria inadmissível que o ingresso do co-legitimado se desse pela via da assistência litisconsorcial. Isto porque, para ele, o assistente apenas intervém com intuito *ad coadjuvandum*, jamais o faz na defesa de um interesse próprio.

O caso, porém, é de intervenção como assistente litisconsorcial.

O co-legitimado interviria no processo, sem dúvida, como assistente litisconsorcial, tomando em conta que a assistência litisconsorcial, segundo entendemos, nada mais é do que um caso de litisconsórcio facultativo ulterior permitido pelo sistema, em razão do regime de unitariedade com que devem ser tratados os litisconsortes (litisconsórcio unitário).[36] Passaria, nessa condição, a atuar como verdadeiro litisconsorte ativo, defendendo, em nome próprio, direito já deduzido em juízo, cuja titularidade é (também) sua, em razão de inserir-se na situação ativa gerada pela relação jurídica plurissubjetiva posta para apreciação do Poder Judiciário.

8.5. Intervenção de legitimado extraordinário para a defesa de direitos coletivos (*lato sensu*) como assistente simples em processo individual

No final de fevereiro de 2008, o STF admitiu a intervenção de um sindicato na qualidade de *assistente simples* (Sindicato da Indústria do Fumo do Estado de São Paulo – SINDIFUMO), em processo que envolve uma indústria de cigarros, em que se discute a constitucionalidade do Decreto-lei n. 1.593/1977 (RE n. 550.769 QO/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, 28.2.2008, publicada no Informativo do STF n. 496).

É certo que o Sindicato não mantém com o *assistido* uma relação jurídica conexa com a que se discute. Desta forma, inviável a *assistência simples*, de acordo com o entendimento tradicional sobre o tema, exposto linhas atrás.

Sucede que o STF entendeu que o *interesse jurídico* que autoriza a assistência simples, no caso mencionado, configurou-se pela constatação de que o julgamento do STF poderia definir a orientação da jurisprudência em torno do tema (constitucionalidade de meios de coerção indireta para o pagamento do tributo, como a interdição de estabelecimento), que serviria para a solução de um número indefinido de casos.

36. Neste sentido, dentre outros, Ovídio A. Baptista da Silva (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, ob. cit., p. 293 e seguintes) e Thereza Alvim. Esta última, nos seguintes termos: "(...) haverá o assistente de ser considerado litisconsorte do assistido, recebendo, pois, o tratamento de litisconsorte e serão assim considerados porque se por eles, ou contra eles, fosse deduzido o pedido, a situação já estaria estampada no processo. As partes originárias e seus assistentes litisconsorciais, estão sujeitos ao regime da unitariedade, ante a circunstância de estar sendo deduzido um só pedido" (ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p 238). Em sentido oposto, Athos Gusmão Carneiro (*Intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 176) e Cândido Rangel Dinamarco, nestas palavras: "A má redação de dispositivos do Código de Processo Civil dá a entender que o assistente litisconsorcial não seja um assistente e sim um *litisconsorte*, mas essa idéia é inteiramente falsa. (...) Em suma, prepondera o substantivo *assistência* sobre o adjetivo *litisconsorcial* e o assistente é sempre *assistente*, ainda quando a lei o qualifica como *litisconsorcial*" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II, ob. cit., p. 391).

A relação jurídica conexa à relação discutida, aqui, é uma *relação jurídica coletiva*, pois envolve a proteção de direitos individuais homogêneos, cuja titularidade pertence à *coletividade das vítimas*[37] (no caso, as indústrias de tabaco).

O julgamento é bem interessante e merece registro.

Admitindo a força vinculativa do precedente judicial, notadamente quando proveniente do STF, o tribunal reconheceu a necessidade de permitir a ampliação do debate em momento anterior à formação da orientação jurisprudencial. Quebra-se, então, um paradigma do processo individual, para ampliar a concepção de interesse jurídico autorizador da assistência simples: em vez de exigir que o assistente simples tenha com o assistido uma relação jurídica vinculada àquela discutida, admitiu-se a assistência em razão da afirmação de existência de uma relação jurídica de direito coletivo (*lato sensu*).

Note, porém, que, exatamente por isso, o *assistente simples*, nesses casos, teria de ser um *legitimado extraordinário coletivo*: ente que tenha legitimação para a ação coletiva referente aos direitos individuais homogêneos relacionados ao objeto litigioso do processo individual no qual se intervém. Permitir a intervenção de *indivíduos* titulares de direito individual semelhante ao que se discute em juízo certamente causaria grande tumulto processual.

SÉRGIO CRUZ ARENHART já defendia a necessária ampliação da noção de interesse para intervir como assistente simples, tendo em vista a força vinculativa do precedente judicial. Entende, porém, que deveria admitir-se a intervenção do *indivíduo:* "É certo que a ampliação desavisada do conceito de 'interesse de intervenção' pode tornar inviável a solução da lide, por gerar a invasão de terceiros no processo formado. Todavia, no outro vértice da questão, a não admissão desta intervenção ampliada acarretará a violação clara dos direitos de ampla defesa e contraditório de todos estes 'terceiros' que sofrerão (praticamente de forma imutável) os efeitos de uma decisão judicial, sem jamais ter condições de, *efetivamente*, opor-se a ela. De fato, não se pode admitir que o primeiro processo instaurado a respeito de certa controvérsia acabe por resultar em decisão que será indistintamente aplicada para todos os demais casos, sem que os titulares destes outros direitos tenham, *de fato e de maneira concreta*, a possibilidade de apresentar seus argumentos e interferir na decisão judicial. A garantia do contraditório, em sua versão moderna, tem sido vista como não apenas o direito de se manifestar, mas de *influir efetivamente na decisão judicial.* Não há dúvida de que este direito é violado se a decisão judicial já está pronta, mesmo antes de iniciada a ação em que o interessado pretende apontar os argumentos".[38]

Como se trata de situação que pode dizer respeito a um sem-número de indivíduos, parece realmente que a técnica mais adequada para resolver o conflito entre o direito ao

37. DIDIER Jr., Fredie, ZANETI, Hermes. *Curso de direito processual civil.* 3ª ed. Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2008, v. 4, p. 77-84; GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.* São Paulo: Saraiva, 1995, p. 22-23

38. ARENHART, Sérgio Cruz. "O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes". In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 11, p. 436-437.

contraditório destes terceiros interessados na fixação do precedente e o direito à duração razoável do processo é, no caso, permitir apenas a intervenção de legitimado à proteção jurisdicional de direito coletivo (*lato sensu*).

A decisão reforça, ainda, uma percepção demonstrada no v. 2 deste *Curso*, no capítulo sobre precedente judicial: o Direito brasileiro vem sendo reestruturado a cada dia para dar aos precedentes judiciais força vinculativa. Ao lado disso, parece inexorável a tendência de adaptar o processo individual ao julgamento de causas repetitivas (arts. 285-A e 543-B, por exemplo).

Perceba também que já se admitia intervenção semelhante nos processos individuais, notadamente naqueles em se discutia *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de um ato normativo. Sucede que, nesses casos, a intervenção se dava na qualidade de *amicus curiae*: no incidente de decretação de inconstitucionalidade em tribunal (art. 482, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC) e no incidente de análise por amostragem da repercussão geral do recurso extraordinário (§ 6º do art. 543-A do CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 11.418/2006). O STF *simplificou* a questão, com perdão pelo trocadilho, permitindo a intervenção como assistente simples, instituto já consagrado pela tradição jurídica brasileira e expressamente regulado pelo CPC.

A decisão segue, pois, uma tendência, já divisada pela doutrina, de redefinição do pressuposto do interesse jurídico para a intervenção como assistente simples, consoante demonstrando linhas atrás.

9. OPOSIÇÃO

9.1. Conceito

"A oposição é a demanda por meio da qual terceiro deduz em juízo pretensão in-compatível com os interesses conflitantes de autor e réu de um processo cognitivo pendente".[39]

Cabe oposição quando terceiro pretende a coisa/direito que está sendo disputada por duas ou mais pessoas. O terceiro mete-se no processo e inclui a sua pretensão, que, como se vê, é incompatível com as pretensões dos demandantes originários. O terceiro, com isso, agrega ao processo um novo pedido: a sentença deverá examinar as pretensões do autor originário e do terceiro/opoente.

Como o opoente demanda pretensão própria, incompatível com a dos litigantes, não pode formulá-la em sede de recurso, pois suprimiria uma instância, a primeira, competente originária e funcionalmente para conhecer e julgar a causa. O termo final da admissibilidade da oposição é, então, de acordo com o art. 56, CPC, o momento em que proferida a sentença (juízo de primeiro grau), o que impõe a conclusão de que

39. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 381-382.

a oposição somente é aceita na pendência de demanda de conhecimento em primeiro grau.[40]

A oposição gera um litisconsórcio passivo necessário (por força de lei) ulterior simples. O opoente formula a sua demanda em face das partes originárias, em litisconsórcio simples, pois em face de cada um há uma pretensão: em face do autor originário, pretensão meramente declaratória; em face do réu originário, pretensão relacionada a alguma prestação, devolução da coisa, pagamento de quantia, obrigação de fazer ou de não-fazer.

Trata-se de modalidade interventiva que somente pode ser implementada no processo de conhecimento.

9.2. Tipos

Há duas espécies de oposição: a interventiva e a autônoma.[41] São reguladas, respectivamente, pelos artigos 59 e 60 do CPC. A oposição será uma ou outra a depender do momento em que exercida: se antes da audiência de instrução e julgamento, será interventiva; se ajuizada após o início da audiência de instrução e julgamento, e antes da sentença, será autônoma.

Pouco importa a espécie, havendo a oposição de ser julgada junto com a demanda originária, na mesma sentença, deve ser apreciada em primeiro lugar, pois é demanda prejudicial: se a coisa/direito é do terceiro, então não será nem do autor nem do réu originários (art. 61 do CPC). Em ambas as modalidades, a competência é do juízo da causa originária (competência funcional e, pois, absoluta) e a citação pode ser feita na pessoa dos advogados dos opostos, que têm esse poder especial *ex vi legis*. No entanto, se na causa originária o réu for revel, a sua citação para a oposição será feita normalmente, ou seja, será pessoal (parágrafo único do art. 57 do CPC). O prazo de defesa é comum (quinze dias), afastando-se a regra geral do art. 191 do CPC (art. 57 do CPC).

A oposição interventiva é verdadeiramente uma intervenção de terceiro. Trata-se de incidente processual, pelo qual o terceiro vale-se do processo pendente para formular a sua pretensão sobre a coisa/direito.

A oposição autônoma é um processo incidente proposto por terceiro (neste ponto, assemelha-se aos embargos de terceiro). Terceiro não se mete em processo pendente; gera processo novo. Não é, pois, propriamente, uma intervenção de terceiro. Três caracterís-

40. DINAMARCO (*Intervenção de terceiros...*, p. 76). O Anteprojeto Buzaid propunha a admissibilidade da oposição "enquanto não passar em julgado a sentença" (art. 59), sendo que a opção pela atual redação do art. 56 expõe, com nitidez, a mudança da proposta originária. Explica Dinamarco que nem sempre foi assim, o que pode ser a causa da celeuma sobre o assunto: "Não era assim no Código anterior e não é em alguns sistemas jurídico-processuais da atualidade. Também diversos Códigos estaduais admitiam a oposição até quando definitivamente julgada a causa, ou seja, até o momento em que a sentença ou acórdão transitasse em julgado."

41. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* p. 381 e segs.

ticas são muito importantes, pois servem para distinguir a oposição autônoma de uma ação autônoma comum proposta por terceiro: a) competência funcional do juiz da causa principal; b) possível suspensão do processo, pelo prazo máximo de 90 dias, confiada ao poder do juiz: o juiz só deve abster-se de determinar a suspensão se for muito gravosa aos opostos; c) possível unidade de julgamento, em uma mesma sentença, que vai depender da suspensão do processo, mas que é do interesse público, pois se trata de característica inerente às causas conexas.

9.3. Reconhecimento da procedência do pedido pelos opostos

Se ambos os réus-opostos reconhecerem a procedência da oposição, haverá julgamento conforme o estado do processo da oposição e da causa originária, em favor do opoente. Se o reconhecimento for de um dos réus-opostos, o processo prossegue contra o outro litigante (art. 58, CPC). Se o autor-oposto *reconhecer* a procedência da oposição, está renunciando, obviamente, à pretensão contra o réu da demanda originária.

9.4. Oposições sucessivas e oposições convergentes

"Alguns códigos estaduais brasileiros consagravam por explícito a admissibilidade de *oposições sucessivas*".[42] O silêncio do CPC/73, segundo os doutrinadores, não implica a proibição de oposições sucessivas, sendo admissíveis uma segunda, e terceira e sucessivas oposições, destinadas à exclusão das pretensões das partes e dos opoentes anteriores. "O quadro subjetivo do litígio será mais complexo do que o de uma oposição única, uma vez que a nova iniciativa terá como demandados não só o autor e réu primitivos, mas também o autor da primeira oposição".

Oposições convergentes são aquelas deduzidas no processo para impugnação da pretensão do autor inicial. Não se trata de oposição a uma oposição, mas de dois ou diversos terceiros postulando para si o mesmo bem querido pelo autor-oposto e cada um deles comparecendo com sua oposição sem levar em conta a oposição do outro. Hipótese raríssima e meramente acadêmica.

10. NOMEAÇÃO À AUTORIA

10.1. Generalidades

Há certas relações jurídicas de mera dependência (e que não geram para o dependente qualquer regresso contra o dominante) que não apresentam caracteres perceptíveis ao mundo exterior quanto à sua titularidade, de tal sorte que, sob esse ângulo, a atividade ou o ato prestado não parecem ter sido praticados pelo real titular da relação material.[43]

Por isso, muita vez ocorre de alguém demandar equivocadamente contra outrem, enganado pela aparência. Assim, por exemplo, alguém pode demandar contra o capataz, pensando ser ele o possuidor.

42. DINAMARCO, Candido Rangel. *Intervenção de Terceiros.* s/e. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 86.

43. FUX, Luiz. *Intervenção de terceiros.* São Paulo: Saraiva, 1991, p. 23.

A nomeação à autoria (*laudatio auctoris* ou *nominatio auctoris*) é o instituto processual pelo qual se convoca, coativamente, o sujeito oculto das relações de dependência, corrigindo-se o pólo passivo da relação jurídica processual. Tem dois objetivos: a) indicar ao autor o real titular da situação legitimante passiva; b) retirar do sujeito dependente o ônus de conduzir um processo que não lhe diz respeito.[44] Normalmente, o caso seria de extinção do processo por carência de ação, mas, por questões de economia, aproveita-se o processo pendente e corrige-se o equívoco. Frise-se: na nomeação à autoria, alega-se que a relação jurídica discutida envolve nomeado e adversário do nomeante.

> "...a lei facilita as coisas para o autor que se enganou: permite que o processo, instaurado em face de pessoa diversa daquela a quem se deveria ter endereçado o pedido, continue, seja aproveitado, mediante esse expediente, que consiste na indicação do verdadeiro legitimado passivo, por aquele que foi demandado por equívoco".[45]

Trata-se de intervenção de terceiro provocada pelo réu, que não amplia o objeto litigioso do processo. A razão de caber ao réu a nomeação encontra respaldo na dispensabilidade que o tem o autor de investigar, a fundo, quem de direito é o legitimado passivo. O réu, porquanto mantenha a relação de dependência com o terceiro, tem todas as condições de indicar a legítima parte ré. É a extensão ao processo civil da teoria da aparência.[46]

Trata-se, ainda, de um dever processual do réu, que, se deixar de fazer a nomeação ou fizer a nomeação de pessoa diversa, quando for o caso, estará propiciando o prosseguimento de um processo inútil ao fim visado, respondendo por perdas e danos (art. 69, I e II, CPC).

Rigorosamente, a nomeação à autoria mais se assemelha a uma sucessão voluntária do que a uma intervenção de terceiro: o nomeado sucede o nomeante, que sai do processo. Não há ampliação subjetiva do processo, apenas a modificação de um dos seus pólos.[47]

Finalmente, é instituto exclusivo do processo de conhecimento.

Não é sempre que se alega ilegitimidade passiva que se deve, ato-contínuo, nomear à autoria. São dois os casos em que se impõe a nomeação. Examinemo-los.

10.2. A nomeação à autoria feita pelo mero detentor (art. 62 do CPC) e a regra do art. 1.228 do CC-2002

Aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou possuidor. (art. 62, CPC) Trata-se da situação do mero detentor, que nada mais é do que um instrumento para a posse do

44. FUX, Luiz. *Intervenção de terceiros,* cit., p. 24.
45. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o novo código de processo civil.* Rio de Janeiro: Líber Júris, 1974, p. 81.
46. FUX, Luiz. *Intervenção de terceiros,* cit., p. 24.
47. GRECO FILHO, Vicente. *Da intervenção de terceiros.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

verdadeiro possuidor. Uma vez demandado, o mero detentor deverá nomear à autoria o seu amo.

O *caput* do art. 1.228 do CC-2002 afirma que o proprietário pode reivindicar a coisa de quem injustamente a possua ou detenha. Inova, em relação ao CC-1916, ao mencionar a possibilidade de demanda reivindicatória proposta em face do detentor (art. 1.198 do CC-2002).

Surge, então, a seguinte dúvida: teria o CC-2002 conferido ao detentor legitimidade passiva *ad causam* para a ação reivindicatória? Se a resposta for positiva,[48] teríamos de concluir que não tem mais aplicação o disposto no art. 62 do CPC, que cuida da nomeação à autoria – portanto, correção do pólo passivo da demanda – nas ações reivindicatórias propostas em face do detentor, que deveria indicar o possuidor ou proprietário. É que, se assim fosse, nada haveria a corrigir, já que o mero detentor seria, por força do art. 1.228 do CC-2002, parte legítima para aquela demanda.

Não é isso, porém, o que pensamos. Permanece em vigor o art. 62 do CPC.

Enfrentou a questão Alexandre Freitas Câmara. Segundo o processualista fluminense, a cláusula *"ou detenha"*, contida no mencionado artigo do CC-2002, deve ser considerada como não-escrita, por ferir o devido processo legal. Afirma que, se assim não fosse, a demanda eventualmente proposta em face do detentor seria inútil, pois o comando da sentença, à luz do disposto no art. 472 do CPC, não poderia ser oposto contra o possuidor/proprietário de quem o detentor é fâmulo, que não participou do processo e que certamente, por causa disso, ajuizaria embargos de terceiro para se contrapor a qualquer tentativa judicial de efetivação da sentença.[49]

O único jeito de salvar a nova redação seria considerar o mero detentor como legitimado extraordinário (substituto processual): estaria autorizado por lei a defender, em nome próprio, interesse alheio (o do seu amo). Não nos convence a tentativa, contudo. Seria irrazoável permitir ao subordinado defender em juízo interesses do seu patrão, que, pelas regras da experiência, a princípio dispõe de melhores condições para isso. Além disso, importante doutrina afirma que "a legitimação extraordinária somente é admissível quando se tratar de mecanismo destinado à tutela do interesse do legitimado extraordinário, ante a inércia do substituído",[50] o que definitivamente não é o caso.

A despeito da redação do art. 1.228 do CC-2002, não possui o mero detentor (art. 1.198 do CC-2002) legitimidade passiva *ad causam* para a ação reivindicatória, razão

48. Esse é o pensamento de Marco Aurélio Viana: "Observamos que o art. 524 do Código de 1916 referia-se apenas ao possuidor, não havendo menção ao detentor. Mas não havia dúvida quanto à possibilidade de se manejar a ação contra o detentor. O art. 1.228 incluiu a figura do detentor, afastando qualquer dúvida que se pudesse ter". (*Comentários ao Código Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XVI, p. 26). A questão, como se vê, não é tão simples como se afirma.
49. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.* 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. I, p. 194-195.
50. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo.* 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 99.

pela qual deve nomear à autoria o verdadeiro possuidor/proprietário, tudo na forma como prescreve o art. 62 do CPC, que se mantém incólume.

10.3. A nomeação à autoria feita pelo preposto (art. 63 do CPC). Confronto com os arts. 932, III, e 942, ambos do CC-2002

O art. 63 do CPC permite àquele contra quem o proprietário ou titular de um direito sobre a coisa propõe ação indenizatória por prejuízos sofridos, e que foi o causador dos prejuízos, nomear à autoria o terceiro, desde que alegue que praticou o ato (art. 63, CPC) por ordem ou em cumprimento das suas instruções.

Discute-se se o caso é realmente de nomeação à autoria. É que todo aquele que con-corre para o dano, praticando o ato ilícito, é por ele responsável, na forma do parágrafo único do art. 942 do CC-2002. Sendo assim, o réu originário seria também parte legítima, na medida em que é responsável solidário. Ao nomear à autoria, na verdade estaria o preposto indicando um outro co-responsável, *também* parte legítima, em situação que se encaixa à perfeição à hipótese do chamamento ao processo. Seria, então, um chamamento ao processo obrigatório (porquanto obrigatória é a nomeação à autoria). Eis a lição de Flávio Cheim Jorge, que nos serve como arremate:

> "O mais importante quando se analisa esse art. 63 do Código de Processo Civil é que o mesmo, ao contrário do art. 62, acaba por prever uma situação em que o demandado possui inegavelmente legitimidade para figurar no pólo passivo da ação.
>
> Cuida-se precisamente da existência de litisconsorte facultativo, advindo da solidariedade existente entre nomeante e nomeado. Perante a vítima do dano, ambos têm a obrigação de indenizar tanto aquele que determinou a prática do ato quanto aquele que efetivamente o praticou Em tal situação, a solidariedade advém da conjugação do art. 1.518 com o art. 1.521, III, ambos do Código Civil *[correspondentes, respectivamente, aos arts. 942*[51] *e 932, III,*[52] *do CC-2002].*
>
> Isso denota que a nomeação à autoria, na hipótese prevista no art. 63, não visa, propriamente, a correção da legitimidade passiva, mas sim a inclusão de outro réu também responsável pelo causamento de determinado dano. (...) cuida-se de situação onde seria cabível o chamamento ao processo."[53]

Perceberam o problema Nelson Nery Jr. e Rosa Nery: "A rigor, ambos respondem pelos prejuízos: a) o réu, preposto, porque causador direto do dano; b) o preponente, de forma objetiva responde pelos prejuízos causados pelo preposto".[54]

51. "Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932".
52. "Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: (...) III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele".
53. *Chamamento ao processo*. 2 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 119-120.
54. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 7 ed. São Paulo: RT, 2003. p. 432.

> Obtempera, porém, Daniel Carvalho: "A solução afigura-se catastrófica, no entanto, do ponto de vista pragmático. Haveria a possibilidade de recusa (art. 66 CPC) do nomeado? Reconhecendo o nomeado a qualidade que lhe é atribuída, haveria sucessão processual? Seria a nomeação à autoria, neste caso, obrigatória? A sucessão processual entre nomeante e nomeado, consignada no art. 66 do CPC, é finalidade precípua da nomeação à autoria. A regra amolda-se perfeitamente à hipótese do art. 62, já que o detentor não é legitimado para figurar no pólo passivo da reivindicatória, devendo ser excluído da relação processual. O mesmo não ocorre, por óbvio, quando nomeado e nomeante são igualmente responsáveis perante o autor, devendo neste caso responder ambos pela obrigação em litisconsórcio passivo. Não obstante, o art. 66 traz regra aplicável à nomeação à autoria genericamente, não distinguindo entre as duas espécies. Fica claro que a hipótese do art. 63 está colocada fora de contexto".[55]

10.4. Procedimento

A nomeação haverá de ser feita no prazo de defesa. Deferindo o pedido, o juiz tomará duas providências: a) ouvirá o autor sobre a nomeação: acaso silencie, presume-se a aceitação; a recusa somente poderá ser expressa; b) suspenderá o processo.

Aceita a nomeação, deverá o autor promover a citação do nomeado. O processo passará correr contra o nomeado e o primitivo demandado será excluído da relação processual, em ato chamado de *extromissão da parte*.

Ao nomeado abrem-se duas possibilidades: a) *reconhece a qualidade que lhe é atribuída*: tácita ou expressamente; b) *nega a qualidade que lhe é atribuída*: pelo CPC, prossegue o processo contra o nomeante (art. 66, CPC), que terá novo prazo para contestar.

Essa última solução é duramente criticada pela doutrina, pois, se o nomeado pode meramente recusar a sua nomeação, o instituto perde muito da sua utilidade. Parte da doutrina entende que não se lhe estendem os efeitos da coisa julgada caso a recuse. Celso Barbi defende a aplicação analógica de antiga regra do direito português, inspiração do nosso instituto, de forma a lhe estender tais efeitos.[56] Barbosa Moreira, que tem opinião semelhante, explica: "mesmo que o processo prossiga apenas contra o nomeante, se, ao final, se verificar que a legitimação passiva cabia ao nomeado, que recusou a nomeação, a coisa julgada se lhe estende".[57] Se não for assim, basta ao nomeado negar a qualidade que lhe é atribuída, simplesmente, para excluir de si os efeitos do processo.

Segundo a doutrina[58] (Amaral Santos, Pontes de Miranda, Luiz Fux), aceita a nomeação pelo nomeado, nada impede que o nomeante remanesça nos autos como assistente simples do nomeado.

55. "Reflexos do Código Civil de 2002 no regime jurídico das intervenções de terceiro". Monografia apresentada à Universidade Salvador, em novembro de 2004, como requisito parcial para a obtenção de grau de bacharel em Direito.
56. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 198.
57. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, cit., p. 83-84.
58. Por exemplo, FUX, Luiz. *Intervenção de Terceiros (Aspectos do Instituto)*. s/e. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 29.

11. DENUNCIAÇÃO DA LIDE

11.1. Generalidades

A denunciação da lide é uma intervenção de terceiro provocada: o terceiro é chamado a integrar o processo, porque uma demanda lhe é dirigida.

De fato, a denunciação da lide é uma demanda, exercício do direito de ação. Desta forma, ao promover a denunciação da lide, o denunciante agrega ao processo pedido novo, ampliando o seu objeto litigioso. O processo terá duas demandas: a principal e a incidental.

Trata-se de demanda incidente, regressiva, eventual e antecipada.

A denunciação é demanda nova em processo já existente; pela denunciação, não se forma processo novo. É, pois, um incidente do processo. Trata-se de hipótese de ampliação objetiva ulterior do processo. A sentença disporá sobre a relação jurídica entre a parte e o denunciante, e entre este e o denunciado (sentença formalmente una e objetivamente complexa), sob pena de ser considerada *citra petita*.

> Convém pontuar, no entanto, que, se feita pelo autor, a denunciação da lide não é uma intervenção de terceiro (e, portanto, não é um incidente do processo): é que o terceiro já é colocado desde o início do processo como réu, pois o autor demanda em face dele e do réu da demanda principal). Ex.: o autor ingressa com uma ação declaratória para ver assegurado o direito que lhe foi transmitido pelo denunciado e, ao mesmo tempo, denuncia a lide a este, para a eventualidade de perder a demanda.

Do ponto de vista substancial, a denunciação da lide é demanda que veicula pretensão regressiva. O denunciante visa ao ressarcimento pelo denunciado de eventuais prejuízos que porventura venha a sofrer em razão do processo pendente. Não há, portanto, qualquer afirmação de existência de relação jurídica material entre o denunciado e o adversário do denunciante. Afirma-se a existência de uma relação jurídica entre o adversário do denunciante e o denunciante e entre o denunciante e o denunciado. É fundamental a percepção do fenômeno sob esta perspectiva, pois a correta compreensão das modalidades de intervenção de terceiro, como já afirmado, não prescinde de uma investigação do vínculo que mantém o terceiro com a relação jurídica discutida em juízo.

É, ainda, demanda eventual. Eventual porque feita sob condição: a demanda regressiva somente será examinada se o denunciante, afinal, for derrotado na demanda principal. A primeira demanda é preliminar[59] em relação à denunciação, pois se o denunciante for vitorioso na ação principal, a ação regressiva sequer será examinada; se o denunciante sucumbir, a ação de denunciação tanto poderá ser procedente como improcedente. "É

59. "Na verdade, o pedido deduzido na ação principal é questão preliminar em relação à demanda objeto da litisdenunciação. Julgado improcedente, automaticamente a denunciação da lide perde seu objeto, pois não há o que indenizar; julgado procedente, possibilita o julgamento da lide secundária, que pode ou não ser acolhida". (NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 5 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 413-414.)

como se o denunciante formulasse este pedido: 'Se eu, afinal, acabar vencido, peço desde já que o denunciado seja condenado a pagar-me a indenização a que eu porventura tenha direito.'"[60]

Finalmente, é demanda antecipada: o denunciante se antecipa e, antes de sofrer qualquer prejuízo e para a hipótese de vir a sofrê-lo, demanda proposta em face de terceiro, com o objetivo de imputar-lhe a responsabilidade pelo ressarcimento. Normalmente, seria caso de demanda sem interesse de agir, pois o demandante ainda não sofreu qualquer prejuízo; mas por uma questão de economia processual, permite-se a antecipação da demanda, atribuindo-lhe, porém, a natureza eventual. Sintetiza Barbosa Moreira: a denunciação da lide consiste "em verdadeira propositura de uma ação de regresso antecipada, para a eventualidade da sucumbência do denunciante".[61]

Denunciar a lide a alguém não é senão trazer esse alguém para o processo, por força de garantia prestada, ou em razão de direito regressivo existente em face dessa pessoa; aproveita o denunciante do mesmo processo para exercer a ação de garantia ou a ação de regresso em face do denunciado; visa, pois, a dois objetivos: vincular o terceiro ao quanto decidido na causa e a condenação do denunciado à indenização.

> Em razão de todas essas características, a denunciação da lide, regulada pelo CPC-73, é bastante diferente do antigo chamamento à autoria, instituto que lhe precede historicamente e que era regulado pelo CPC-39. A denunciação tem inspiração germânica, o chamamento à autoria, romana. A denunciação é demanda, o denunciado torna-se réu e o objeto litigioso do processo é ampliado; o chamamento à autoria é simples notificação de existência de processo pendente, sem o exercício de demanda, que somente poderia ser formulada autonomamente, depois do término do processo originário com a derrota do "chamante". O chamamento à autoria era visto como condição para o exercício autônomo do possível direito de regresso: se não houvesse o chamamento, o prejudicado não poderia, depois, pretender o ressarcimento dos seus prejuízos. Enquanto a denunciação da lide implica um acréscimo subjetivo no processo, com a chegada de um novo réu, o chamamento à autoria implicava, no máximo, uma sucessão processual: o chamado, aceitando a qualidade que lhe fora atribuída, sucedia o chamante, que saía do processo.

Mais duas palavras: a) é possível o denunciado promover a denunciação da lide de uma quarta pessoa (denunciação sucessiva, art. 73, CPC), mas esse incidente pode ser recusado pelo juiz se comprometer desproporcionalmente a celeridade do feito; b) a denunciação da lide é instituto típico do processo de conhecimento.

11.2. "Obrigatoriedade" da denunciação da lide

O *caput* do art. 70 do CPC afirma que a denunciação da lide é obrigatória. O que significa isso? Inicialmente, para responder a essa pergunta, levantemos algumas premissas.

60. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1974, p. 88.
61. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1974, p. 87.

Não se pode falar de *obrigatoriedade*, ao menos em sentido técnico. Eis a *primeira premissa*. A denunciação é exercício de direito de ação, portanto não é um dever: não há um dever de exercitar o direito de ação. É, na verdade, um ônus processual: conquanto diga a lei que a denunciação da lide é obrigatória, na verdade ela é facultativa. Trata-se de ônus absoluto, caracterizado como encargo atribuído à parte e jamais uma obrigação. Ônus, segundo Goldschmidt,[62] são imperativos do próprio interesse, ou seja, encargos sem cujo desempenho o sujeito se põe em situação de desvantagem perante o direito. Ônus processuais são normalmente endereçados às partes (a) para que determinados atos se realizem ou (b) para que algum ato realizado possa ter eficácia.[63]

E, sendo ônus, qual a conseqüência do seu não-exercício?

Indiscutivelmente, haverá o prejuízo de não se aproveitar do mesmo processo para o ajuizamento da demanda regressiva. As dúvidas mais significativas, porém, são outras: perde o possível denunciante o direito de regresso, acaso não promova a denunciação da lide? É "obrigatória" a denunciação da lide para o exercício do direito de regresso? O direito de regresso somente pode ser exercido por denunciação da lide?

É basicamente sobre isso de que cuida este item.

Para prosseguir na análise do problema, cabe levantar a *segunda premissa*: a discussão sobre a "obrigatoriedade" da denunciação da lide restringe-se à hipótese do inciso I do art. 70, que cuida da denunciação em caso de evicção. Em relação aos demais incisos (II e III), não há mais qualquer discussão: a não-denunciação da lide apenas implica a perda da oportunidade de ver o direito regressivo ser apreciado no mesmo processo, sendo permitido o ajuizamento de demanda autônoma para o exercício da pretensão de ressarcimento. A discussão existe em relação ao caso de evicção, por força do art. 456 do CC-2002, repetição do art. 1.116 do CC-1916: "Para poder exercitar o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do processo". Como o direito material é omisso quanto à forma e ao modo de obter indenização, relativamente às demais hipóteses de denunciação da lide, não se pode admitir que a não denunciação, nos casos dos incisos II e III, acarrete perda da pretensão material de regresso. Norma restritiva de direito interpreta-se de forma estrita, não comportando ampliação. O desatendimento de ônus processual, no particular, somente pode ensejar preclusão, ou seja, impede que esse direito seja exercido no mesmo processo.[64] Essa é a posição majoritária da doutrina.[65]

Em síntese: o adquirente (evicto) deve, uma vez em litígio contra o evencente/evictor, denunciar a lide ao alienante, sob pena de perder a pretensão regressiva que surge da evicção.

62. GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil.* Campinas: Bookseller, 2003, t. 1, p. 21.
63. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros.* São Paulo: Malheiros Ed., 1997, p. 138.
64. NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante,* 8 ed., cit., p. 498.
65. Por todos, NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante,* 8 ed., cit., p. 498.

No entanto, a jurisprudência e a doutrina percebiam que essa conseqüência não poderia acontecer em todas as situações, porque há casos em que a própria legislação processual veda a denunciação da lide: uma vez proibido o exercício eventual e incidental da pretensão regressiva, não poderia o *adquirente* ser prejudicado pelo não-exercício deste direito. É o que acontece no âmbito dos Juizados Especiais e no rito sumário, procedimentos que não autorizam a denunciação da lide no caso de evicção. Convém lembrar, ainda, que a doutrina admite a ocorrência de evicção por ato administrativo (apreensão de veículo pelo DETRAN, p. ex.), quando também não será possível a denunciação da lide, que pressupõe a existência de processo jurisdicional.[66] Em todas essas hipóteses, admite-se a denominada ação autônoma de evicção.

Eis o painel básico do problema.

Pensamos que, agora, já se pode ir além. Nem mesmo nos casos de evicção a não-denunciação da lide pode importar perda do direito de regresso. Relembremos algumas lições: a) a denunciação da lide é instituto novo, bastante diferente do antigo *chama-mento à autoria*, pois consiste no exercício antecipado de pretensão regressiva, enquanto o chamamento era uma simples notificação da existência do processo; b) o art. 456 do CC-2002 reproduz o enunciado do art. 1.116 do CC-1916, época em que não existia a denunciação da lide, apenas o chamamento à autoria – tanto é assim que ainda se fala em "notificação do alienante", seguindo terminologia de então. Como o exercício dos direitos que decorrem da evicção somente poderia ocorrer em ação autônoma (art. 101 do CPC-39), cabia ao adquirente, no processo em que demandado, notificar o alienante para que, se fosse o caso, assumisse a condução do processo a partir dali.

Pois bem.

O CC-2002 não percebeu a remodelação do instituto processual, ocorrida com o CPC-1973, e manteve a redação, agora obsoleta – e o curioso é que o parágrafo único do art. 456 do CC-2002, adiante examinado, em dissonância com o *caput* do mesmo artigo, menciona a "denunciação da lide". Essa desarmonia não pode ser interpretada como se ainda se pudesse falar em perda do direito de regresso, acaso não se promovesse a denunciação da lide, interpretação que ignora o aspecto histórico do problema e ainda prestigia um possível enriquecimento ilícito do alienante a expensas do adquirente (em afronta às regras dos arts. 884-886 do CC-2002).[67]

É certo, porém, que, não promovendo a denunciação da lide, o *adquirente* assume o "risco de vir a ser derrotado em pleito regressivo contra o alienante, se este demonstrar que havia razões para impedir a derrota do adquirente e que a alienação foi boa e regular".[68]

66. Ver, por exemplo, GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005, v. 4, t. 1, p. 232.
67. Também defendendo que a denunciação da lide não é obrigatória nem no caso de evicção, corretamente, YARSHELL, Flávio Luiz. "Três temas de direito processual no âmbito do direito das obrigações e dos contratos", cit., p. 313.
68. YARSHELL, Flávio Luiz. "Três temas de direito processual no âmbito do direito das obrigações e dos contratos", cit., p. 313. Com conclusão semelhante, Wilson Alves de Souza: "Por outras palavras, o adquirente

Convém apontar a proposta de alteração do art. 456 do CC-2002, encaminhada pelo Dep. Ricardo Fiúza (Projeto de Lei 6.960/2002), que retira o ônus da denunciação da lide para o exercício dos direitos da evicção, na linha de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, (REsp 132.258, j. 06-12-1999, DJ de 17-04-2000; REsp 255.639, j. 24.04.2001, Informativo do STJ 93): "Art. 456. Para o direito que da evicção lhe resulta, independe o evicto da denunciação da lide ao alienante, podendo fazê-la, se lhe parecer conveniente, pelos princípios da economia e da rapidez processual". A vingar tal proposta, a discussão sobre a "obrigatoriedade" da denunciação da lide (*caput* do art. 70 do CPC) simplesmente desaparece – e já não era sem tempo.

11.3. Situação processual do denunciado

Discute-se muito qual é a posição jurídica do litisdenunciado, em face do adversário do denunciante – pois em relação a este, ele é réu da demanda incidental.

O CPC o trata como litisconsorte do denunciante – litisconsórcio que seria unitário. Há quem, como Cândido Dinamarco, o identifique com o assistente litisconsorcial[69] – o que acaba dando no mesmo, pois o assistente litisconsorcial é um litisconsorte unitário ulterior. Nelson Nery Jr. entende que ele tem os mesmos poderes do assistente simples, pois não tem relação alguma com o adversário do denunciante (assim como o assistente simples não tem relação com o adversário do assistido).

É inegável que o CPC deu ao denunciado poderes processuais equivalentes aos de um litisconsorte (e unitário, repita-se), por isso que não nos parece que possa ser equiparado a um assistente simples – embora, reconheça-se, a lógica do raciocínio é correta. Parece que é caso de legitimação extraordinária autônoma: o denunciado passará a defender interesses do denunciante em face do adversário deste, sem qualquer vínculo de subordinação (lembre-se que a assistência simples é caso de legitimação extraordinária subordinada).

Há uma tendência jurisprudencial de considerar o litisdenunciado como litisconsorte do denunciante, até para permitir a "condenação direta" do denunciado[70] – principalmente

continua com o direito de indenização decorrente da evicção contra o alienante em ação autônoma se ficar apurado no processo posterior que por mais que o alienante tivesse sido cientificado do litígio o resultado da causa originária não seria outro. Evidentemente que se o adquirente não cientifica do litígio ao alienante suas chances no processo autônomo são bem menores". (*O Código Civil de 2002 e o Direito Processual – intervenção de terceiro nas causas envolvendo contrato de seguro de dano.* Monografia apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Processual. Salvador: s/ed, 2005, p. 22).

69. *Instituições de Direito Processual Civil.* 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. II. p. 408.

70. Athos Carneiro sugeriu a seguinte conclusão, aprovada no Ciclo de Estudos de Processo Civil realizado em Curitiba, em agosto de 1983, pela OAB e pela Associação dos Magistrados do Paraná: "A posição do denunciado pelo réu é, na ação principal, a de litisconsorte do denunciante, nos exatos termos do artigo 75, I, do CPC; em conseqüência, o autor, procedente a demanda principal, poderá executá-la também contra o denunciado, embora com atenção aos limites em que foi procedente a ação de direito regressivo e à natureza da relação de direito material". (*Intervenção de terceiros.* 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 114).

nos casos em que o denunciado é uma empresa seguradora. Vejamos o julgado abaixo, do STJ, que bem revela essa concepção:

> "Cuida a matéria de saber se o denunciado, ao aceitar a denunciação e contestar o pedido principal, assume a posição de litisconsorte passivo, direta e solidariamente com o réu. O tema, apesar de parecer simples, suscita grandes discussões, não se podendo afirmar que existia unanimidade sobre o assunto. Doutrinadores de peso entendem que o denunciado ocupa, no máximo, a função de assistente litisconsorcial do réu denunciante, não podendo ser encarado como litisconsorte porque, na verdade, ele nada pede para si e nada contra ele é pedido. Há também a defesa de tese antagônica, no qual o problema está intimamente ligado à relação jurídica de direito material, submetida ao crivo do Judiciário. Concluindo que, nas hipóteses como a presente, de indenização por responsabilidade civil, a contestação do pedido inicial pelo denunciado coloca-o na condição de litisconsorte, sujeito, portanto, aos efeitos da sentença, direta e solidariamente com o primitivo réu. Recentemente, a Quarta Turma entendeu que, reconhecido o dever de a seguradora (litisdenunciada) em ressarcir o réu, por força de contrato de sinistros, pode o julgador proferir condenação direta contra ela. A Terceira Turma vai mais além, admitindo a propositura da ação de indenização diretamente contra a seguradora do causador do acidente que se nega a usar a sua cobertura de sinistros. O legislador contemporâneo, ao votar o CDC, prevê a possibilidade de o consumidor acionar diretamente a seguradora, quando o fornecedor do produto ou serviço não tiver capacidade de pagamento. Milton Flaks, *in* Denunciação da Lide, Forense, 1984, págs. 141-144, admite a condenação solidária do denunciado. A Turma não conheceu do recurso. Precedentes citados: REsp 290.608-PR, DJ 16/12/2002, e REsp 228.840-RS, DJ 4/9/2000. REsp 188.158-RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 15/6/2004".

11.4. A denunciação da lide em caso de evicção (art. 70, I, CPC) e a regra do art. 456 do CC. A denominada denunciação da lide *per saltum*

O CPC-73, no inciso I do art. 70, autoriza a denunciação da lide ao alienante, na ação em que o terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam.[71] O inciso é destinado a todo aquele que, adquirindo a título oneroso o domínio, a posse ou o uso da coisa, vem a perdê-los em ação própria, por decisão judicial.[72]

> *"Evincere* é *ex, vincere*, vencer pondo fora, tirando, afastando. A língua portuguesa possui o verbo 'evencer': o terceiro, ou o próprio outorgante, que vence, quer como

71. Sobre a extensão da garantia da evicção, convém ler o conteúdo dos artigos 450, 451 e 453 do CC-2002: Art. 450. "Salvo estipulação em contrário, tem direito o evicto, além da restituição integral do preço ou das quantias que pagou: I - à indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir; II - à indenização pelas despesas dos contratos e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção; III - às custas judiciais e aos honorários do advogado por ele constituído. Parágrafo único. O preço, seja a evicção total ou parcial, será o do valor da coisa, na época em que se evenceu, e proporcional ao desfalque sofrido, no caso de evicção parcial". Art. 451. "Subsiste para o alienante esta obrigação, ainda que a coisa alienada esteja deteriorada, exceto havendo dolo do adquirente". Art. 453. "As benfeitorias necessárias ou úteis, não abonadas ao que sofreu a evicção, serão pagas pelo alienante".

72. FUX, Luiz. *Intervenção de terceiros.* São Paulo: Saraiva, 1991, p. 35.

> demandante quer como demandado, evence, porque vence e põe fora, no todo ou em parte, o direito do outorgado. O vencedor é o evictor; o vencido é o evicto. Por isso responde quem deu causa ao atingimento do direito do outorgado, à luta evincente".[73]

> A redação não é das melhores. O texto leva ao entendimento de que a denunciação somente pode ser feita pelo réu e apenas em ação reivindicatória, o que não é correto: quer porque o autor também pode promover a denunciação (art. 74 do CPC),[74] quer porque ela também ocorre em ações declaratórias ou constitutivas (como as divisórias),[75] em que se possa infirmar o direito de propriedade do adquirente que, por isso, deve denunciar a lide ao alienante – pense-se em ação declaratória proposta pelo adquirente em face de terceiro que questiona a sua propriedade.[76]

Pois bem.

O *caput* do art. 456 do CC-2002 trouxe uma inovação ao regramento da denunciação da lide em caso de evicção: permite-se ao adquirente denunciar a lide ao alienante imediato ou "a qualquer dos anteriores". Ou seja, pode o adquirente denunciar a lide a quem lhe vendeu ou a quem vendeu a quem lhe vendeu etc. O tema é novo e polêmico. Surgiram cinco posicionamentos doutrinários em derredor do tema.

a) O CC-2002 teria admitido a denunciação da lide *per saltum*, permitindo que o *adquirente* demande em face de alguém com quem não mantém qualquer relação jurídica. Seria caso, pois, de legitimação extraordinária: o alienante mediato estaria em juízo discutindo relação jurídica do alienante imediato.[77] Segundo esse pensamento, o art. 456 do CC teria consagrado um caso de litisconsórcio facultativo passivo.

Admitem a denunciação da lide *per saltum*, mas consideram o caso como hipótese de sub-rogação legal, o que nega a hipótese de *legitimação extraordinária* afirmada no texto, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery:

> "O CC 456 autoriza o adquirente a denunciar a lide ao alienante imediato, com quem ele tem relação jurídica convencional, como também a qualquer outro alienante que conste da cadeia de alienação. Neste último caso ocorre a denunciação da lide *per saltum*, por força da sub-rogação *legal* constante do CC 456: o adquirente se sub-roga nos direitos de qualquer dos demais adquirentes da cadeia de alienação no que tange ao exercimento dos direitos que decorrem da evicção".[78]

73. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 2, p. 136.
74. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Líber Juris, 1974, p. 84.
75. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 3 ed., cit., t. 2, p. 139.
76. FUX, Luiz. *Intervenção de terceiros.* São Paulo: Saraiva, 1991, p. 35-36.
77. BUENO, *Cássio* Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 249-256.
78. NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 499.

b) A regra teria consagrado legislativamente a possibilidade da chamada *denunciação coletiva*, sugerida por Moniz de Aragão.[79]

De modo a evitar as dificuldades das *denunciações sucessivas*, permitidas com base no art. 73 do CPC, o professor paranaense defendia a possibilidade de o adquirente denunciar a lide, de uma só vez, a todos que compusessem a cadeia sucessória. Deu a isso o nome de *denunciação coletiva*.

Rodrigo Salazar defende que a nova redação do art. 456 do CC, combinada com o quanto exposto no art. 70, I, CPC, deve ser entendida como autorização para que seja realizada a denunciação coletiva, evitando-se denunciações sucessivas desnecessárias e não como beneplácito à denunciação da lide *per saltum*.[80] Arremata Daniel Carvalho: "a nova regra civil teria facultado, então, a denunciação da lide em conjunto de todos os anteriores proprietários, e não apenas a denunciação gradual prevista na lei processual".[81] Parece-nos a melhor solução, tendo em vista que a hipótese de denunciação *per saltum* permite que o *adquirente* demande contra quem não mantém qualquer relação jurídica, criando caso de *legitimação extraordinária* sem qualquer fundamento razoável.

c) Para Flávio Yarshell, a nova regra deve ser compreendida como a consagração, na legislação civil, da possibilidade de *denunciação sucessiva* prevista no art. 73 do CPC.[82] O autor não aceita o entendimento que reconhece a possibilidade de uma denunciação da lide *per saltum*, que permitiria que um alienante, provavelmente aquele que tivesse maior capacidade econômica, pudesse responder por diferentes indenizações, de diferentes adquirentes.[83]

d) O CC-2002 teria estabelecido um caso de solidariedade legal de todos os alienantes que compõem a cadeia sucessória em face do último adquirente: todos teriam a obrigação de responder pela evicção, sendo permitido ao adquirente cobrar a indenização contra qualquer dos alienantes. Seria permitida a denunciação *per saltum*, não para que o "quarto" ("D") venha defender interesses do "terceiro" ("C"), mas em razão da existência de uma solidariedade passiva entre eles em face de "B", o último adquirente/evicto. Essa solução

79. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Sobre o chamamento à autoria". *Revista da AJURIS.* Porto Alegre: AJURIS, 1982, n. 25, p. 40-45.
80. "Hipótese de denunciação da lide do art. 70, I, do CPC: análise do art. 456 do novo CC. Possibilidade de denunciação per saltum?". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 946. Também assim, FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. "Aspectos processuais do Novo Código Civil". Disponível em: <http://www.amaerj.org.br/noticiasespecial6.htm> , consultado em 27.12.2004, 15h00.
81. "Reflexos do Código Civil de 2002 no regime jurídico das intervenções de terceiro". Monografia apresentada à Universidade Salvador, em novembro de 2004, como requisito parcial para a obtenção de grau de bacharel em Direito.
82. "Três temas de direito processual no âmbito do direito das obrigações e dos contratos". *O Código Civil e sua interdisciplinaridade – os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito.* José Geraldo Brito Filomeno, Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior e Renato Afonso Gonçalves (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 314.
83. "Três temas de direito processual no âmbito do direito das obrigações e dos contratos", cit., p. 314.

foi-nos apresentada por Marcelo Abelha Rodrigues, em Congresso de que participamos na Universidade Federal do Espírito Santo, em agosto de 2004. Humberto Theodoro Jr. adotou-a.[84] Embora talvez fosse a melhor solução *de lege ferenda*, encontra no direito posto a antiga regra de que a solidariedade não se presume (art. 265 do CC-2002).

Convém conferir o enunciado n. 29 das I Jornadas de Direito Civil do STJ/Conselho da Justiça Federal: "A interpretação do art. 456 do novo Código permite ao evicto a denunciação da lide de qualquer dos responsáveis pelo vício".

Sucede que, como bem apontou Flávio Yarshell, no caso de "sucessivas alienações, não se pode falar em diferentes "responsáveis pelo vício" porque, a bem da verdade, no caso de compra e venda a *non domino*, por exemplo, responsável pelo vício, a rigor, seria somente aquele que em primeiro lugar vendeu sem poder fazê-lo. De fato, se na situação de direito material houver mais de um responsável (mais de um vendedor, por exemplo), então passa a haver a facultatividade indicada no texto".[85] Ou seja, a solidariedade não há entre os diversos alienantes da cadeia, como sugere Marcelo Abelha, mas entre aqueles que alienam conjuntamente o mesmo bem de maneira indevida. Mas não é disso que cuida o art. 456 do CC-2002.

e) Há ainda quem repute a mudança inócua. Alexandre Câmara lembra que a lei civil determina que a "notificação" se faça "*quando e como lhe determinarem as leis do processo*". Essa cláusula final remete ao sistema do CPC, segundo o qual a denunciação da lide é feita pelo adquirente ao seu alienante imediato e este, por sua vez, denunciará a lide a quem lhe transferiu o bem, e assim por diante,[86] não sendo possível a denunciação *per saltum*.

11.5. A denunciação da lide com base no inciso II do art. 70 do CPC

Permite-se a denunciação da lide "ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, de credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada". Segue-se, quase que literalmente, a redação do art. 486 do CC-1916. Trata-se de direito atribuído aos que tenham adquirido a posse direta, que poderão denunciar a lide ao possuidor indireto ou proprietário que transferiu a senhoria sobre a coisa toda vez que forem molestados pelo fato do assenhoramento da coisa.[87]

Em relação à denunciação da lide pelo usufrutuário, sustenta-se de sua raríssima ocorrência, em razão da gratuidade do negócio, sendo incabível a indenização.[88]

84. "O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual". *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (coord.). Salvador: Edições Jus Podivm, 2006, p. 136
85. "Três temas de direito processual no âmbito do direito das obrigações e dos contratos", cit., p. 314, nota 13.
86. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. 1, p. 217.
87. FUX, Luiz. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 36.
88. FUX, Luiz. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 36.

O inciso faz menção ao possuidor, pois o detentor não faz jus à proteção possessória ou à reclamação de direitos conexos, razão por que lhe cumpre nomear à autoria (art. 62 do CPC). Distingue as duas situações, brilhantemente, Adroaldo Furtado Fabrício:

> "Nas condições aí definidas, o demandado (ou mesmo o autor, pois essa modalidade de intervenção pode ser provocada por qualquer das partes) é *possuidor*, embora sua posse seja derivada. Através da litisdenunciação, o que ele busca não é a sua exclusão do processo, mediante substituição pelo terceiro: o ingresso deste na relação processual não acarreta o afastamento daquele; não há *substituição*. Em simplificação, talvez grosseira mas certamente elucidativa, diríamos que a fala do denunciante – ao invés do "não sou parte; Fulano sim é parte" do que nomeia à autoria – é "sou parte, sim, mas também Fulano o é". O nomeante nega sua *legitimatio ad causam* e aspira a ser substituído no processo; o denunciante a admite, mas aproveita o mesmo processo para propor uma demanda secundária contra alguém que, até então e sentido processual, é terceiro".[89]

A regra parece ociosa, pois, sendo caso de direito regressivo, bastaria a hipótese do inciso III do art. 70, que é genérica. É, na verdade, um outro exemplo de possível pretensão regressiva.[90] Na verdade, o *nomeante* adquire *legitimação extraordinária* para conduzir o processo, pois, constatada a sua ilegitimidade ordinária, passa a atuar em nome próprio defendendo os interesses do *nomeado*. É um caso de *legitimação extraordinária superveniente*.

11.6. A denunciação da lide com base no inciso III do art. 70 do CPC

11.6.1. Considerações gerais

A discussão quanto ao cabimento da denunciação da lide com base no art. 70, III, do CPC é intensa e parece longe do fim.

Duas são as concepções doutrinárias, que são antagônicas: a) a restritiva, defendida por Sidney Sanches, Nelson Nery Jr., Eduardo Arruda Alvim,[91] Cassio Scarpinella Bueno, Marcelo Abelha Rodrigues,[92] e Vicente Greco Filho; b) e a ampliativa, capitaneada por Cândido Dinamarco.

Antes de examiná-las, cumpre lembrar que o "direito de regresso decorrente da fiança, da co-fiança e das obrigações solidárias, este não pode ser exercitado mediante

89. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 8, t. 3, p. 353.
90. Convém reproduzir a lição de Barbosa Moreira, que confronta este inciso com a regra do art. 62 do CPC, que cuida da nomeação à autoria: "Note-se a grande analogia que essa hipótese revela com a do artigo 62, onde se prevê o caso de ser citado o detentor, por equívoco do demandante, no lugar do possuidor ou do proprietário. Tratava-se de um erro no endereçamento da ação, de um erro na escolha do legitimado passivo... Assim, esta hipótese mereceria tratamento no contexto da nomeação à autoria, a meu ver, e não no da denunciação da lide. (...) Se, porventura, se tratar de direito regressivo, então, sim, ela se aplicará; mas, para tanto, bastaria o inciso III do art. 70, sendo supérfluo o inciso II". (*Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 85.)
91. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1999, v. 1, p. 269.
92. *Elementos de Direito Processual Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 295.

denunciação da lide",[93] pois o Código determinou o seu exercício pelo chamamento ao processo (art. 77 e segs. do CPC).

11.6.2. A concepção restritiva

Pela concepção restritiva, somente é possível a denunciação da lide, para o exercício de pretensão regressiva, nas hipóteses em que houve transferência de direito pessoal: denuncia-se a lide ao cedente, para que responda por eventual derrota do cessionário. Afirma-se que, como nos incisos I e II, a denunciação da lide objetiva a que o terceiro preste a garantia a que se obrigou na transmissão da coisa ou do direito, no inciso III, que seria norma de encerramento, a linha deveria ser também essa. É como afirma Sidney Sanches: "Pode-se inferir, diante disso, que no inc. III a denunciação é para que o denunciado preste ao denunciante a garantia a que se obrigou, quando lhe transmitiu o direito pessoal".[94] Ação (pretensão) regressiva, neste contexto, é expressão que assume sentido jurídico bastante restrito: é pretensão, conferida pela lei ou pelo contrato, a quem, adimplindo uma obrigação que era sua, pode voltar-se contra terceiro, para deste receber, no todo ou em parte, o valor prestado.[95]

Vicente Greco Filho, o principal defensor desta concepção, embora reconheça que a tese ampliativa encontra respaldo no próprio texto normativo,[96] considera que esse posicionamento levaria a uma utilização abusiva do instituto, comprometendo a economia processual, princípio que justifica a existência desta modalidade interventiva.[97] E arremata:

> "Parece-nos que a solução se encontra em admitir, apenas, a denunciação da lide nos casos de simples ação de regresso, isto é, a figura só será admissível quando, por força da lei ou do contrato, o denunciado for obrigado a garantir o resultado da demanda, ou seja, a perda da primeira ação, automaticamente, gera a responsabilidade do garante. Em outras palavras, não é permitida, na denunciação, a intromissão de fundamento jurídico novo, ausente na demanda originária, que não seja responsabilidade direta decorrente da lei e do contrato".[98]

Cassio Scarpinella Bueno traz algumas situações em que não se deve admitir a denunciação da lide, pelo comprometimento da economia processual:

93. SANCHES, Sidney. *Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1984, p. 118.
94. *Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1984, p. 120.
95. SANCHES, Sidney. *Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1984, p. 117.
96. O CPC fala em "obrigado a indenizar, em ação regressiva" (art. 70); "responsável pela indenização" (arts. 72 e 73) e "responsabilidade por perdas e danos" (art. 75).
97. *Intervenção de terceiros*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 90. O exemplo de que se vale impressiona: numa demanda de indenização por dano decorrente de acidente de veículo, poderia ser chamado o terceiro, que o réu afirma ter também concorrido para o acidente, a fábrica que montou no carro peça defeituosa, a Prefeitura que não cuidou do calçamento, cabendo também à fábrica de automóvel chamar a fábrica de peças e esta, por sua vez, o fornecedor do material. (ob. cit., p. 91).
98. *Intervenção de terceiros*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 91.

> "...quando a denunciação basear-se em fundamento fático diverso que rende ensejo a instrução diversa daquela que tomará lugar na 'ação principal'; quando o direito de regresso não decorrer imediatamente de texto expresso de lei ou de previsão contratual expressa (CPC, art. 70, III) ou, ainda, quando, mercê do segmento recursal derivado do indeferimento liminar da denunciação da lide (o recurso de agravo de instrumento, como regra, não tem efeito suspensivo), consumar-se a fase de instrução do feito, tornando tardia a denunciação".[99]

Somente seria possível a denunciação nos casos de garantia própria – decorrente de transmissão de direito –, e não nas hipóteses de simples direito de regresso – chamado de garantia imprópria.[100]

Essa concepção levou Celso Agrícola Barbi, em um primeiro momento, a concluir que não cabia a denunciação da lide à seguradora, pelo segurado, pois no contrato de seguro, não há qualquer transferência de direito, mas, tão-só, obrigação de indenizar. O autor mineiro mudou de opinião, em seguida, para admitir a denunciação nestas hipóteses.[101-102] A denunciação da lide à seguradora, no entanto, é amplamente admitida na jurisprudência nacional, como se pode constatar da recente alteração do art. 280 do CPC, que passou a permitir expressamente a intervenção fundada em contrato de seguro no procedimento sumário.[103]

É com base nesta linha de pensamento que não se admite a denunciação da lide ao servidor, pelo Estado, em demandas de responsabilidade civil contra este interpostas –

99. *Intervenção de terceiros: questões polêmicas*. 2 ed. São Paulo: CPC, 2002, p. 111.
100. "Direito de regresso. A ação de garantia não se caracteriza como mero direito genérico de regresso, isto é, fundado em garantia imprópria. Este não enseja a denunciação da lide, sob pena de ofenderem-se os princípios da celeridade e economia processual. Por direito de regresso, autorizado da denunciação da lide com base no CPC 70 III, deve-se entender aquele fundado em garantia própria". (NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*." 6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 375).
101. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1, p. 206.
102. Vicente Greco Filho defende, contudo, que, no caso de seguro contratual, é possível a denunciação da lide, desde que não haja, no contrato, cláusula de exclusão da garantia por risco extraordinário, ou por culpa grave do segurado, porque nestes casos aduzir-se-ia questão nova estranha à demanda originária". (*Intervenção de terceiros*, p. 91). Essa ressalva sofreu dura crítica de Cândido Dinamarco: "Mesmo assim a sua ressalva, colidindo com as premissas da tese restritiva, é arbitrária e desemboca num inevitável casuísmo, porque de antemão e *a priori* é praticamente impossível prever em quais hipóteses surgirão – e em quais não poderão surgir – controvérsias fáticas relacionadas com a denunciação da lide. Além disso, ficar-se-ia sempre na dependência dos termos da defesa trazida pelo réu e da instrução da causa. Mandaria a coerência, além do mais, que tanto a tese quanto a ressalva, para serem compatíveis com o sistema, se aplicassem ao inc. I, impedindo a denunciação da lide nas hipóteses em que houvesse cláusula restringindo a responsabilidade por evicção em situações extraordinárias" (*Intervenção de terceiros*, p. 181).
103. A intervenção com base em contrato de seguro será, no mais das vezes, a denunciação da lide, porquanto não possua a empresa segurada vínculo de direito material com o adversário do denunciante-segurado. Sucede que o Código de Defesa do Consumidor, como forma de ainda melhor tutelar os direitos do consumidor, criou uma figura nova do chamamento ao processo em casos de seguro (art. 101, II, do CDC). Assim se justifica a menção do legislador a "intervenção fundada em seguro", e não simplesmente a "denunciação da lide", como se poderia inicialmente imaginar. Sobre o tema, DIDIER JR., Fredie. A *Nova Reforma Processual*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 98-99.

como o Estado responde objetivamente pelos prejuízos causados, a denunciação da lide introduziria fundamento jurídico novo, que é a responsabilidade subjetiva do servidor (art. 37, §6º, CF/88).

Cassio Scarpinella Bueno, embora adepto da concepção restritiva, após examinar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conclui que "toda a vez que a ação indenizatória também se basear na existência de culpa, a denunciação ao agente público não destoará da mesma fundamentação da ação principal. Deve, pois, ser admitida nestes casos".[104] Afirma, ainda, ser possível a denunciação da lide, nestas hipóteses, quando o Estado, em sua defesa, alegar a tese de culpa do particular ou culpa concorrente, pois não haverá acréscimo na fase instrutória.[105]

> Cabe, contudo, apontar o posicionamento de Alexandre Câmara, para quem não é possível ao Estado denunciar a lide ao servidor porque, na verdade, seria o caso de chamamento ao processo, em razão da solidariedade passiva legal que haveria entre ambos (art. 927 do CC-2002).[106] O STF, porém, no RE n. 327.904, rel. Min. Carlos Britto, considerou que o § 6º do art. 37 da CF/88 consagra dupla garantia: uma em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que preste serviço público; outra, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional pertencer, não podendo ser demandado *per saltum* e diretamente pela vítima. A min. Cármen Lúcia acompanhou com reservas a fundamentação (j. em 15.8.2006, publicado no Informativo n. 436 do STF).

É inegável, porém, a força desta corrente restritiva. Há inúmeras decisões judiciais que a seguem, quase todas se valendo do argumento de que é impossível, na denunciação da lide, a introdução de fundamento jurídico novo.

11.6.3. A concepção ampliativa

Seguindo a concepção de Cândido Dinamarco, Luiz Fux[107], Ada Pellegrini Grinover[108], Pontes de Miranda,[109] William Couto Gonçalves,[110] Arruda Alvim, Athos Gusmão Carneiro[111], Aroldo Plínio Gonçalves,[112] Alexandre Freitas Câmara,[113] Calmon de Passos, Barbosa Moreira, Humberto Theodoro Jr.[114] etc.

104. *Intervenção de terceiros: questões polêmicas*. 2 ed. São Paulo: CPC, 2002, p. 115. Também neste sentido, Arruda Alvim. *Manual de direito processual civil*. 7 ed. São Paulo: RT, 2000, v.2, p. 183; ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 271.
105. *Intervenção de terceiros: questões polêmicas*. 2 ed. São Paulo: CPC, 2002, p. 115-116.
106. *Lições de Direito Processual Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 203.
107. FUX, Luiz. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 37.
108. GRINOVER, Ada Pellegrini. "Ação civil pública em matéria ambiental e denunciação da lide". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2002, abril-junho, n. 106, p. 16.
109. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. II, p. 146-147.
110. *Intervenção de terceiros*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 249.
111. *Intervenção de terceiros*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 94-97.
112. *Da denunciação da lide*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 236.
113. *Lições de Direito Processual Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, v. 1, p. 199-200.
114. *Curso de Direito Processual Civil*. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1, p. 112-113.

A suma dos argumentos desta corrente pode ser extraída da obra de Cândido Dinamarco, que escreveu um trabalho com o declarado objetivo de contrapor a sua posição com a de Vicente Greco Filho.

Afirma-se que o direito brasileiro não consagra a distinção entre garantia própria e garantia imprópria. Trata-se de dicotomia encontrada no direito italiano, que prevê os remédios da *chiamata em garanzia* e a *intervento coatto*, respectivamente, para essas situações; na Itália existem duas vias processuais previstas, cada uma para uma espécie de garantia. "Aqui no Brasil, em que inexiste a dualidade de institutos associados a espécies de garantias, ou o sujeito denuncia a lide ao terceiro, ou nada poderá fazer. Aqui a denunciação da lide é posta, na lei e por toda a doutrina (rigorosamente, toda), como caso de intervenção coata, inexistindo uma intervenção coata diferente dela, à disposição da parte em caso de garantia simples".[115]

Cândido Dinamarco argumenta, ainda, que a introdução do inciso III do art. 70 do CPC se deu por força da pressão da doutrina e da jurisprudência, que sentiam a necessidade de um mecanismo processual que abreviasse a pretensão regressiva nas hipóteses de garantia imprópria – principalmente a dos segurados contra as seguradoras. "Daí a implantação da hipótese descrita no inc. III do art. 70, de redação intencionalmente ampla e destinada a ter vasta abrangência, para maior efetividade do instituto e da tutela jurisdicional que mediante ele se possa obter".[116] Na expressão de Barbosa Moreira, trata-se de dispositivo escrito em "termos louvavelmente genéricos".[117]

O texto da lei é claro quando utiliza a expressão "ação regressiva". Uma das hipóteses aventadas de garantia própria é a de quem se vê obrigado a pagar dívida alheia. Nesse caso, não há rigorosamente direito de regresso, assim como não seria regressiva a demanda do credor a esse título. Trata-se, segundo o professor da USP, de sub-rogação.

> Aqui, uma observação: pensamos não ser o caso de sub-rogação propriamente dita. Primeiro, porque o art. 304 do CC-2002, que expressamente confere o direito ao reembolso do que foi pago por terceiro não-interessado, nega a sub-rogação.[118] Segundo, porque não se encaixa a hipótese em nenhuma daquelas previstas no art. 346 do CC-2002. O caso, ao que parece, é de enriquecimento ilícito, que é o fato

115. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 179. Também assim, GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Da denunciação da lide*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 240.
116. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 180. Neste sentido, também com amplas considerações, Arruda Alvim. *Manual de direito processual civil*. 7 ed. São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 177-180.
117. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1974, p. 85.
118. "De tal forma, se o terceiro não interessado paga em seu próprio nome, poderá cobrar do devedor o que pagou, mas não substituirá o credor em todas as suas prerrogativas. Assim, se havia uma hipoteca garantindo a dívida primitiva, o terceiro não desfrutará da mesma garantia real, restando-lhe, apenas, cobrar o débito pelas vias ordinárias" (GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 124-125)

> jurídico do dever de indenizar (art. 884 do CC-2002) e a causa de pedir da chamada ação de *in rem verso*.[119-120]

Assim, a interpretação restritiva poderia levar a uma situação absurda: se o objetivo é restringir a denunciação da lide às situações de garantia própria, um dos principais exemplos ficaria de fora, porquanto de ação regressiva (expressão da lei, vista em sentido restrito) não se trataria. Eis mais um motivo para que se compreenda com largueza o dispositivo normativo.

Há outro argumento. O chamamento à autoria, que, como visto, é o antepassado próximo da denunciação da lide, com ela não se confunde. Enquanto aquele só cabia em caso de evicção (garantia própria), a denunciação da lide foi permitida genericamente, para "qualquer direito de regresso". Os institutos, aliás, são bem diversos. A denunciação da lide não é uma simples comunicação da pendência do processo (como era o chamamento à autoria), mas, sim, e sobretudo, o exercício incidental, antecipado e eventual de uma pretensão regressiva. A posição do litisdenunciado não é a de simples coadjuvante do denunciante em relação à demanda principal; é ele réu da demanda incidental. Não vige mais a regra, que era a do CPC-39, de que a demanda regressiva se exercia em separado (art. 101 do CPC-39).[121] Não se pode pensar a denunciação da lide pelo paradigma do chamamento à autoria, que somente cabia em hipótese de garantia própria.

Há, ainda, os argumentos da economia processual, pois um só processo serve à resolução de mais de um problema, e da harmonia dos julgados, pois o mesmo juiz resolverá o conflito principal e o de regresso, evitando decisões contraditórias.[122]

E assevera José Carlos Barbosa Moreira, contra o argumento que veta a denunciação que introduz fundamento novo:

> "não colhe o argumento em contrário, às vezes suscitado, de que a denunciação da lide ao funcionário introduz no processo novo 'thema decidendum', por depender da ocorrência de culpa ou dolo daquele o reconhecimento do direito regressivo da pessoa jurídica de direito público. Tal argumento prova demais, porque com a denunciação, em qualquer caso, se introduz novo 'thema decidendum'; questioná-lo equivaleria a pensar que algum denunciado fique impedido de defender-se negando a obrigação de

119. Art. 884 do CC-2002: "Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários".
120. "A figura do enriquecimento sem causa pode ser isolada como fonte autônoma das obrigações. Não é a lei que, direta e imediatamente, faz surgir a obrigação de restituir. Não é vontade do enriquecido que a produz. O fato condicionante é o locupletamento injusto. Evidentemente, o locupletamento dá lugar ao dever de restituir, porque a lei assegura ao prejudicado o direito de exigir a restituição, sendo, portanto, a causa eficiente da obrigação do enriquecido." (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 291).
121. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros,* cit., p. 187-188.
122. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros.* São Paulo: Malheiros, 1997, p. 182-183.

> reembolsar o denunciante, isto é, contestando o direito regressivo deste. Na verdade, a nenhum denunciado se recusa a possibilidade de contestá-lo".[123]

Assim, para essa concepção, "ação regressiva" (inciso III do art. 70 do CPC) é expressão que adquire sentido jurídico bastante largo: "envolveria direito a indenização, direito a reembolso, direito decorrente de sub-rogação, direito à garantia (própria ou imprópria), direito à repetição de pagamento indevido, direito à indenização por locupletamento ou enriquecimento ilícito etc".[124] Ou, nas palavras de Calmon de Passos: "Temos que há direito regressivo toda vez que vai a pessoa buscar das mãos de outrem aquilo de que se desfalcou ou foi desfalcado o seu patrimônio para reintegrá-lo na posição anterior, com a satisfação do pagamento ou da indenização devida. Em outras palavras: há ação regressiva toda vez que por força da sucumbência em juízo, se terá o direito de haver de alguém o ressarcimento do prejuízo sofrido".[125]

Essa concepção é a mais acatada doutrinariamente. A própria mudança legislativa operada no procedimento sumário, que passou a admitir a intervenção fundada em contrato de seguro, parece que veio corroborar essa linha de pensamento. Sem dúvida, do ponto de vista prático, é a orientação que apresenta os melhores resultados: simplificam-se as coisas, evitam-se discussões teóricas e prestigia-se o exercício da função jurisdicional.

11.6.4. A posição do Superior Tribunal de Justiça

Não há uma posição dominante no Superior Tribunal de Justiça sobre a extensão do inciso III do art. 70 do CPC.

Existe um bom número de acórdãos que adotam a concepção restritiva, sendo notórios os posicionamentos dos Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Eliana Calmon, todos considerando que a admissão da denunciação da lide, quando importar acréscimo de atividade instrutória, comprometeria a celeridade e a economia processuais. Ei-los: REsp 697566/PR 3ª.T. rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, publicado no DJ de 14.11.2005 p. 319; REsp 661696/PR 2ª.T. rel. Min. Eliana Calmon publicado no DJ de 10.10.2005 p. 311; REsp 480231/SP 3ª.T. rel. Min. Castro Filho publicado no DJ de 11.04.2005 p. 228; REsp 142934/SP 4ª. T. Min. rel. Ministro Barros Monteiro publicado no DJ de 17.12.2004 p. 547; REsp 210607/RJ, 4ª. T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no DJ de 04/02/2002, p. 369; REsp 228964/RS; rel. Min. Eliana Calmon, publicado no DJ de 08/10/2001, p. 196; REsp 433442/SP, 4ª. T., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, publicado no DJ de 25/11/2002, p. 241; AGA 455093/RJ, 1ª. T., rel. Min. José Delgado, publicado no DJ de 07/10/2002, p. 205; REsp 411535/SP; STJ, 4ª. T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar,

123. Voto proferido na AC 8.995, do TJRJ, ac. de 17.10.1979, publicado na Revista de Processo 34, p. 230, lembrado por Athos Gusmão Carneiro (*Intervenção de terceiros,* p. 95, nota. 64).
124. SANCHES, Sidney. *Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1984, p. 116.
125. PASSOS, José Joaquim Calmon de. "Denunciação da lide". *Enciclopédia Saraiva do Direito.* São Paulo: Saraiva, 1979,v. 23, p. 320.

publicado no DJ de 30/09/2002, p. 267; REsp 80277/SP; rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, publicado no DJ de 04/08/1997, p. 34.743.

Mas também se prestigia a posição contrária: admite-se a denunciação da lide, mesmo que sirva de veículo de demanda de pretensão regressiva fundada em garantia imprópria. Ei-los: REsp 439788/SP 4ª. T. Min. Aldir Passarinho Junior publicado no DJ de 29.09.2003 p. 256; REsp 163096/SP, 1ª. T., rel. Min. Milton Luiz Pereira, publicado no DJ de 18/02/2002, p. 239; REsp 16024/DF, 1ª. T., rel. Min. Garcia Vieira, publicado no DJ de 28/06/1993, p. 12.858; REsp 156289-SP, 1ª. T., rel. Min. Demócrito Reinaldo, publicado no DJ de 02/08/1999, p. 143; REsp 170314-SP, 2ª. T., rel. Min. Ari Pargendler, publicado no DJ de 24/08/1998, p. 64; REsp 235182-RJ, 1ª. T., rel. Min. José Delgado, publicado no DJ de 28/02/2000, p. 67.

Há, no entanto, uma posição consagrada e aceita, ao que parece, pela unanimidade dos ministros: se se chegar à conclusão, em certo momento, de que seria cabível a denunciação da lide cujo processamento fora inadmitido, isso não leva à necessidade de que o processo principal seja anulado para que o litisdenunciado seja citado, repetindo-se todos os atos processuais. A invalidação dos atos já praticados importaria prejuízo desproporcional. Em casos tais, a pretensão regressiva permaneceria incólume, admitindo-se a propositura de ação autônoma em face do terceiro que deveria ser denunciado.

11.6.5. Síntese conclusiva: a nossa opinião

Não há como chegar a outra conclusão: a solução que se dá ao problema da admissibilidade da denunciação da lide é casuística. Existem as duas concepções, muito bem construídas e defendidas, cada uma puxando para um lado, como vetores de sentidos opostos. É no caso concreto, contudo, que se medem as forças. Parece-nos não ser possível vetar-se, em abstrato, a admissibilidade da denunciação da lide em hipóteses de garantia imprópria (simples direito de regresso). Nada há no texto legal que aponte neste sentido, tampouco os antecedentes legislativos lhe servem de apoio. De fato, a idéia do legislador de 1973 foi mesmo a de permitir o exercício eventual e incidental da pretensão regressiva, qualquer que seja ela, em um mesmo processo.

Mas não se pode negar que, de fato, a denunciação da lide implica um incremento da carga cognitiva do magistrado, seja pelo acréscimo de pedido novo, seja pela ampliação do *thema probandum*: fatos novos são deduzidos, os quais, muita vez, dependerão de um meio de prova distinto daquele que seria inicialmente utilizado (como uma perícia ou inspeção judicial, por exemplo). Essa situação dificulta, indiscutivelmente, a prestação da tutela jurisdicional para o adversário do denunciante – e a situação do particular envolvido em demanda contra o Poder Público, que pretende exercer sua pretensão regressiva contra o servidor pela denunciação da lide, serve bem como exemplo. Esse "prejuízo" é percebido e é significativo. A simples constatação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já nos revela como este tribunal o tem levado em consideração, para não permitir a denunciação da lide nestas situações. Nesta mesma linha, o legislador federal proibiu a denunciação da lide em causas de consumo (art. 88 do CDC), para que o consumidor/

demandante não fosse prejudicado na tutela jurisdicional dos seus direitos. Além disso, como aponta Athos Gusmão Carneiro, embora seja permitida a ocorrência de denunciações sucessivas (art. 73 do CPC), pode o magistrado indeferi-las, "naqueles casos em que venha a ocorrer demasiada demora no andamento do feito, com evidente prejuízo à parte adversa ao denunciante originário.[126]

A constatação da pertinência dos principais argumentos das correntes contrapostas é o suficiente para que se perceba a impossibilidade de obtenção de soluções apriorísticas ou abstratas, quer pela ampla admissão, quer pela proibição em hipóteses de garantia imprópria. Não há vedação legal expressa, isso é fato; mas o magistrado, aplicando o princípio da proporcionalidade, verificará, no caso concreto, se a admissão da denunciação da lide pode comprometer a rápida solução do litígio, a ponto de não valer a pena a economia processual que por ela se busca alcançar; se isso ocorrer, inadmissível, *in concreto*, a denunciação, restando ao prejudicado exercer por vias autônomas a sua pretensão regressiva.

11.7. Procedimento da denunciação da lide formulada pelo autor (art. 74, CPC)

Quando quem se alega titular da pretensão regressiva for o autor, deve a denunciação ser requerida na própria petição inicial, formando-se entre o réu da demanda principal e o denunciado um litisconsórcio eventual inicial.

Será feita em primeiro lugar a citação do denunciado, suspendendo-se o processo (art. 72). O denunciado poderá: *a) defender-se:* negando a sua qualidade, quando então o autor prosseguirá sozinho com a ação contra o réu e terá, mesmo assim, assegurado o direito a ver solucionado na sentença final o seu direito de regresso em face do denunciado; *b) comparecer e assumir a posição de litisconsorte ativo:* caso em que poderá aditar a petição inicial (essa modificação não pode alterar substancialmente o próprio pedido formulado, ou cumular pedidos outros), agregando novos argumentos e/ou trazendo novas provas; *c) permanecer inerte:* quando será reputado revel na demanda regressiva.

Depois de tudo isso, cita-se o réu da demanda principal.

11.8. Procedimento da denunciação da lide formulada pelo réu (art. 75, CPC)

Quando quem se alega titular da pretensão regressiva for o réu, deverá ele oferecer a denunciação e requerer a citação do denunciado no mesmo prazo de que dispõe para contestar a ação principal, isso sem prejuízo de oferecer, desde logo, sua resposta ao pedido do demandante.

Se o denunciado a aceitar e contestar o pedido, o processo prosseguirá de um lado com o autor, e de outro com os *litisconsortes*, denunciante e denunciado (art. 75, I, do CPC).

---

126. *Intervenção de terceiros.* 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 110. O mesmo autor cita julgado do STJ, de que foi relator, em que se consagrou este entendimento: Resp 9.876, publicado na RSTJ 24, p. 466.

Se o denunciado confessar os fatos alegados pelo autor, poderá o denunciante prosseguir na sua defesa (art. 75, III) sem qualquer prejuízo, porquanto a confissão de um litisconsorte não pode prejudicar o outro (art. 350 do CPC).

Se o denunciado for revel, ou comparecer apenas para negar a qualidade que lhe foi atribuída, cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa, é o que afirma o CPC (art. 75, II). Sucede que, conforme visto em item específico, esse inciso foi pensado de acordo com o regramento do antigo chamamento à autoria, não estando em conformidade com a denunciação da lide. É, pois, regra que não deve ser aplicada. Revel o denunciado, cabe ao denunciante tomar a postura que mais bem lhe convier, não lhe sendo imputado o dever de prosseguir na defesa até o final, acaso assim não queira (inciso II do art. 75 do CPC). Esse inciso merece análise separada, logo a seguir.

11.9. O par. ún. do art. 456 do CC-2002 e o inciso II do art. 75 do CPC

O par. ún. do art. 456 do CC-2002 trouxe regra processual que inovou de forma significativa o regime jurídico da denunciação da lide.

De acordo com o art. 75, II, do CPC-73, se o denunciado pelo réu for revel, cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa até o final. Sucede que o CC-2002, para o caso de denunciação da lide feita pelo réu em razão da evicção (art. 70, I, do CPC), permite que, revel o denunciado, e sendo manifesta a procedência da evicção, possa o denunciante (adquirente) deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos. As regras, como se percebe, são diversas, para não dizer antagônicas.

Antes de examinarmos o parágrafo único do art. 456 do CC-2002, cumpre pontuar o seguinte: este dispositivo somente cuida da denunciação da lide por evicção, não abrangendo expressamente as outras hipóteses. Assim, a princípio, não teria havido uma revogação total do inciso II do art. 75 do CPC, que a partir de agora somente incidiria na denunciação da lide fundada nos incisos II e III do art. 70 do CPC. Poder-se-ia afirmar, com Cassio Scarpinella Bueno,[127] que o CC-2002 teria acrescentado mais um inciso ao rol do art. 75 do CPC, desta feita para regular a situação específica na denunciação da lide por evicção – é como se houvesse um inciso IV no art. 75 do CPC.

No entanto, podemos ir mais longe. A revogação do inciso II do art. 75 foi total.[128]

O CC-2002 cuidou apenas da hipótese de denunciação da lide por evicção, porque apenas neste caso ela aparece prevista na legislação material, como meio obrigatório de exercício da pretensão regressiva (art. 456, *caput*). Somente por isso. Conforme veremos a seguir, o CC-2002 corrigiu um equívoco do CPC-73, que, na redação do inciso II do art.

127. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 256. Também assim, SALAZAR, Rodrigo. *"Denunciação da lide como meio de efetivação processual. Limites Exegéticos".* Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de especialização em direito processual civil pelas Faculdades Jorge Amado/*Jus*PODIVM. Salvador: inédito, p. 73.

128. Jones Figueirêdo Alves foi lacônico, porém preciso, na conclusão: "O parágrafo único é medida saudável de política processual para a abreviação do litígio, dispensando a incidência do art. 75, II, do CPC". (ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil comentado.* Ricardo Fiúza (coord.). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 406).

75, reproduziu disposição do chamamento à autoria, olvidando as profundas alterações introduzidas pelo novo regime da denunciação da lide, implementado por ele próprio. O equívoco era manifesto, e a doutrina disso se apercebia. Aproveitemos a oportunidade, então, para dar ao inciso II do art. 75 o fim que ele merece: a proscrição definitiva. Vejamos as razões desta nossa conclusão.

Convém tecer algumas considerações sobre o inciso II do art. 75 do CPC.

A primeira indagação é a seguinte: pode o réu denunciar a lide sem contestar?

A resposta é positiva. O art. 71 do CPC prescreve que a denunciação da lide feita pelo réu deve ser requerida no prazo para contestar. Não se exige a apresentação simultânea da contestação e do pedido de denunciação da lide. É possível, inclusive, que o réu-denunciante seja revel da ação principal ou expressamente confesse a existência dos fatos trazidos pelo autor, e ainda assim requeira a denunciação.[129] Se o magistrado acolher o pedido, suspende-se o processo (art. 72 do CPC).[130] Se ainda houver prazo para contestar – a denunciação da lide foi requerida, p. ex., no décimo dia do prazo para a contestação, que ainda não tivera sido oferecida –, após a citação do terceiro, recomeça a correr o prazo para a apresentação da defesa.

É como afirma Calmon de Passos, que bem resume a situação: "O Código não condiciona a denunciação à contestação. Limita-se a dizer que ela será requerida no prazo para contestar, se o denunciante for réu. Nem nos parece haja incompatibilidade entre denunciar a lide e admitir expressamente os fatos alegados pelo autor. Logo, nenhuma incompatibilidade pode existir entre denunciar a lide e omitir-se quanto à contestação. Disso resulta a compatibilidade entre a denunciação da lide e a revelia do réu denunciante, se ele, tendo-se limitado a requerer a citação do denunciado, fê-lo já sem prazo para contestar, depois de cessada a suspensão do processo, ou fê-lo com prazo para isso, mas deixou de atuar tempestivamente".[131]

129. O contrário não é possível. Não pode o réu-denunciante contestar e, depois, denunciar a lide, pois terá havido preclusão consumativa (BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 232; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil.* 9 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, v. I, p. 205).

130. É importante frisar que o fato que suspende o processo é o despacho citatório do terceiro, e não o requerimento de denunciação da lide. Explica Sidney Sanches: "Ora, sendo assim, devem ser feitas as seguintes considerações: o réu pode denunciar a lide até o último dia do prazo para contestação (art. 71, 2ª parte). Se fizer a denunciação antes do último dia do prazo nem por isso estará automaticamente suspenso o curso do processo. E, consequentemente, ainda não estará suspenso o curso do prazo para contestação. E, então, deverá estar atento para que o deferimento da denunciação, com a ordem de citação do denunciado, ocorra ainda dentro do prazo para contestação, pois, sem tal ordem, este continua correndo e poderá se escoar por inteiro, com todas as conseqüências disso decorrentes. Se o requerimento só vier a ser deferido depois de decorrido o prazo para contestação, nem por isso poderá ser este restituído". (SANCHES, Sidney. *Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1984, p. 166).

131. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. III, p. 373. Em sentido contrário, não admitindo a denunciação da lide antes da contestação, YARSHELL, Flávio Luiz. "Três temas de direito processual no âmbito do direito das obrigações e dos contratos". *O Código Civil e sua interdisciplinaridade – os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito.* José Geraldo Brito Filomeno,

Chegamos, então, à segunda indagação.

Se é possível ao réu-denunciante não apresentar defesa e denunciar a lide, como compatibilizar isso com o art. 75, II, do CPC, que, como visto, impõe ao réu-denunciante o ônus de promover a defesa se o denunciado for revel? Como poderá promover a defesa, se ele próprio, réu-denunciante, já foi revel?

Para responder a estas perguntas, é fundamental compreendermos a *ratio* do art. 75, II, do CPC.

Primeiramente, cumpre advertir que a revelia do denunciado produz as conseqüências normais de qualquer revelia (arts. 319 e segs. do CPC), em relação à demanda incidental regressiva. Com relação à demanda principal, se o denunciante tiver contestado, por força do art. 320, I, CPC, não se poderá falar de confissão ficta em relação ao denunciado[132] – não haveria qualquer sentido em o juiz reputar não-ocorrido um fato, para o réu-denunciante, e reputá-lo existente para o denunciado-revel.

Convém explicar o que seja "promover a defesa", ônus que se impõe ao réu-denunciante. "Promover a defesa" não significa apenas apresentar contestação, mas, sim, acompanhar a causa até as últimas instâncias, inclusive com a interposição de recurso extraordinário.[133]

Se se trata de um ônus, é fundamental saber qual é a conseqüência que advém para o denunciante se ele o descumprir. Calmon de Passos entende que, não promovendo a defesa, o réu-denunciante descumpre o ônus do art. 75 e, assim, perde "a possibilidade de ver o seu direito declarado na sentença que lhe asseguraria o título reclamado para a execução contra o alienante ou contra o regressivamente responsável".[134] Também compartilham desta opinião Sidney Sanches,[135] Athos Carneiro[136] e Rodrigo Salazar.[137]

Há um problema nisso tudo. É que, no CPC-39, havia previsão desta conseqüência, para o caso de não-prosseguimento na defesa até o final (art. 98 do CPC-39).[138] Esta regra se justificava pelas características da denunciação da lide (então chamamento à autoria): não se dava ensejo ao exercício de demanda regressiva incidental e eventual, sendo

Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior e Renato Afonso Gonçalves (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 315.

132. ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil.* 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 205, com amplas considerações.
133. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. I, p. 156.
134. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. v. III, 373.
135. SANCHES, Sidney. *Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1984, p. 217-219.
136. *Intervenção de terceiros.* 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 118.
137. SALAZAR, Rodrigo. *"Denunciação da lide como meio de efetivação processual. Limites Exegéticos".* Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de especialização em direito processual civil pelas Faculdades Jorge Amado/*Jus*Podivm. Salvador: inédito, p. 71.
138. Art. 98 do CPC-39: "Se o denunciado não vier a juízo dentro do prazo, cumprirá a quem o houver chamado defender a causa até final, sob pena de perder o direito à evicção".

simples comunicação do litígio pelo denunciante ao denunciado – era realmente uma simples denunciação da lide a um terceiro. Se o denunciado não comparecesse, cabia ao denunciante promover a defesa. O chamamento à autoria, ademais, somente era possível na hipótese de evicção (art. 95 do CPC-39); os direitos que dela surgissem, no entanto, somente poderiam ser exercidos por ação direta (art. 101),[139] e não no mesmo processo, como atualmente. "A sentença, na primeira causa, quando produz a evicção, é apenas peça de instrucção para a proposição da segunda demanda".[140-141]

O CPC-73, embora tenha reestruturado a denunciação da lide, que passou a ser modo de exercício da pretensão regressiva (agrega-se ao processo um novo pedido), manteve, indevidamente e sem qualquer sentido, a antiga regra no inciso II do art. 75. Tanto que não atribuiu qualquer conseqüência expressa ao seu não cumprimento. As diferenças entre chamamento à autoria e denunciação da lide justificam a aparente contradição entre o inciso II do art. 75 e a possibilidade de o réu promover a denunciação da lide independentemente de apresentar a defesa.

Como há exercício de ação em face do denunciado, não há mais qualquer sentido na imposição do ônus ao denunciante, para o caso de o denunciado permanecer revel.[142] O denunciado, a partir da sua citação, ingressa no processo; se responder à denunciação, assumirá a condição de litisconsorte unitário, para uns, ou assistente, para outros, do denunciante;[143] se for revel, nesta posição ficará no processo: apenas a de réu-revel da demanda incidental, com o risco de ser condenado na pretensão regressiva; na sentença, o magistrado deverá resolver ambas as demandas formuladas: a principal e a regressiva (art. 76 do CPC); "sendo condenado o denunciante, o denunciado poderá sê-lo. Contra ambos a sentença terá, nesse caso, a plena eficácia executória, de modo

139. Art. 101 do CPC-39: "A evicção pedir-se-á em ação direta". A redação era péssima, como se vê; "na realidade, não queria aludir à evicção, que já tinha ocorrido, e sim ao exercício do direito à indenização, decorrente da evicção, gerado por ela". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o novo código de processo civil.* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974, p. 87).
140. MOURA, Mário de Assis. *Da intervenção de terceiros.* São Paulo: Saraiva, 1932, p. 92.
141. "No Código anterior (CPC de 1939) havia um motivo para isso, quando no art. 98 se estatuía: se o denunciado não vier a juízo dentro do prazo, cumprirá a quem o houver chamado defender a causa até final, sob pena de perder o direito à evicção. É que aí não estava inserida a ação incidental de garantia. Havia simples intimação do litígio pelo denunciante ao denunciado. E, então, se exigia que o denunciante exaurisse todas as possibilidades de defesa para só assim, se vencido, se voltar, através de ação autônoma, contra o denunciado, reclamando-lhe reparação do prejuízo resultante da derrota. Não se queria que o denunciante afrouxasse na causa e depois se valesse de sua derrota para exigir a indenização do denunciado". (SANCHES, Sidney. *Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1984, p. 217.)
142. Cândido Dinamarco já apontava esta circunstância: "O legislador de 1973 limitou-se a transcrever ou apenas adaptar formalmente algumas disposições que estavam no Código anterior, sem se aperceber da grande diferença substancial e de estrutura entre a disciplina do instituto nos dois Códigos, a saber: a inclusão, na denunciação da lide, da demanda de condenação do terceiro a ressarcir (ação de garantia), que no velho chamamento à autoria era excluída de modo expresso. Daí a presença de algumas proposições que, quando interpretadas literalmente, conduziriam a resultado de todo inaceitáveis, porque em profundo conflito com o sistema vigente"(*Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. II, p. 404).
143. Convém lembrar que, no sistema do chamamento à autoria, se o litisdenunciado respondesse à denunciação, substituiria o litisdenunciante, que sairia do processo (art. 97 do CPC-39).

que o denunciante será, de um lado, o executado e, de outro lado, o exeqüente contra o denunciado".[144]

Alguns doutrinadores, como já apontado, para dar ao inciso II do art. 75 alguma serventia, tiveram que dele extrair aquela conseqüência: o réu-denunciante que não prossegue na defesa até o final, apesar da revelia do denunciado, perde a possibilidade de ver a sua pretensão regressiva apreciada na mesma sentença. A despeito do silêncio normativo, buscava-se encontrar coerência entre as normas: se há imposição de ônus, alguma con-sequência para o seu descumprimento teria de existir; como a referência histórica mais próxima que se tinha era o chamamento à autoria, aplicou-se, então, o art. 98 do CPC-39.

Parece ter sido exatamente esta conseqüência – perda do direito de ver reconhecida a sua pretensão regressiva, na mesma sentença (art. 76 do CPC) – que o CC-2002 quis excluir da conduta do réu-denunciante que deixa de apresentar defesa ou valer-se de recursos, quando o denunciado é revel. Veio em boa hora a nova legislação.

Desde a edição do CPC-73, alguns doutrinadores já se posicionavam contrariamente à exigência contida no inciso II do art. 75, sob o fundamento de que, com a remodelação da denunciação da lide (antigo chamamento à autoria), não se mais justificaria.[145] Sidney Sanches chegou a afirmar o seguinte: "A nosso ver, não há boas razões para se exigir que o denunciante prossiga em sua defesa até final, se, por exemplo, verificar desde logo, que seu adversário tem razão e que o próprio denunciado silenciou (no caso de revelia, inc. II)".[146]

Cândido Dinamarco trouxe outros argumentos contrários à interpretação literal deste inciso: a) o litisdenunciado não tem a faculdade de recusar a denunciação da lide, "porque ele é réu na demanda de garantia proposta pelo denunciante e nenhum réu tem o poder de afastar por vontade e ato próprios a autoridade que o juiz exerce sobre ele no processo;[147] b) "quer o denunciado aceite a denunciação e responda à inicial, quer ele a recuse ou fique revel, sempre cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa até o final – porque esse é um ônus de toda parte em qualquer processo e também porque, ainda quando o terceiro venha efetivamente ao processo e adote comportamento diligente e atuante, nem por isso o denunciante fica dispensado de prosseguir na defesa até o final".[148]

Mesmo durante a vigência do CPC-39, que continha regra expressa, surgiam vozes dissonantes que criticavam o rigor do antigo art. 98. Carvalho Santos, p. ex., afirmava

144. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Chamamento à autoria.* São Paulo: RT, 1973, p. 177.
145. Ver, a propósito, SANCHES, Sidney. *Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1984, p. 217-218. Também neste sentido, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Chamamento à autoria.* São Paulo: RT, 1973, p. 177.
146. SANCHES, Sidney. *Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1984, p. 217.
147. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. II, p. 404-405.
148. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. II, p. 405.

que de acordo com o art. 1.116 do CC-1916, a garantia da evicção dependia tão-somente da comunicação da demanda, feita de acordo com as regras processuais, "de sorte que não se torna o réu obrigado a defender o chamado à autoria, no caso de não querer êste comparecer em juízo. O réu arcará com as conseqüências de sua revelia. Por onde se vê que o Código de Processo exorbitou, ao cominar a pena de perder o direito à evicção ao réu não prosseguir na defesa".[149] Araújo Cintra, que além da opinião de Carvalho Santos, também lembra o posicionamento de Vicente Chermont, também criticava o dispositivo, "tanto mais que, por vezes, pode ocorrer que o próprio denunciante esteja convencido das razões do terceiro, não sendo justo que seja forçado a litigar".[150]

Pois bem.

O CC-2002, com o parágrafo único do art. 456, consertou este equívoco do CPC-73: não há mais o ônus do réu-denunciante de prosseguir na sua defesa, até final, se o denunciado for revel. Consequentemente, não se pode dizer que, em tal situação, o não-prosseguimento na defesa implique a perda do direito de ver o denunciante a sua pretensão regressiva examinada na mesma sentença (art. 76 do CPC). Examinemos cada excerto do mencionado dispositivo, pois assim fica fácil verificar a intenção legislativa de corrigir o lapso do legislador de 1973. A redação do dispositivo, aliás, mostra que o legislador civilista conhecia, no particular, as críticas doutrinárias que se fizeram ao antigo chamamento à autoria e aos lapsos cometidos pelo CPC-73 na modelagem do instituto da denunciação da lide.

Art. 456, parágrafo único: "Não atendendo o alienante à denunciação da lide,[(a)-(b)] e sendo manifesta a procedência da evicção,[(c)] pode o adquirente deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos".[(d)]

(a) O CC-2002, neste parágrafo único, menciona o instituto da "denunciação da lide", criação legislativa do CPC-73, enquanto o *caput* do artigo praticamente reproduz a redação do artigo 1.116 do CC-1916.[151] Revela-se, assim, o intuito deliberado de cuidar de instituto novo, e não simplesmente melhorar o regime do CC-1916.

(b) "Não atender à denunciação da lide" é ser revel, é não comparecer em juízo, exatamente a conduta descrita na primeira parte do inciso II do art. 75 do CPC. Estamos, pois, diante de texto normativo que regula idêntica situação e que, assim, substitui o texto anterior.

(c) O legislador, para dispensar o réu-denunciante do ônus de prosseguir na defesa, traz outro requisito, que se cumula com a revelia do denunciado: a manifesta procedência da evicção. Na verdade, quer o legislador referir-se à grande probabilidade de a evicção

149. SANTOS, J. M. Carvalho. *Código de processo civil interpretado.* 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. II, p. 52.
150. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Chamamento à autoria.* São Paulo: RT, 1973, p. 158.
151. BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 252.

ocorrer, em razão da manifesta procedência do pedido formulado contra o réu-denunciante. Se o denunciante estiver convencido de que o autor tem razão, e o denunciado é revel, poderá ele deixar de prosseguir em sua defesa, que ademais seria abusiva e injusta.[152] O réu-denunciante poderá, simplesmente, deixar de oferecer defesa – simplesmente promovendo a denunciação da lide, conduta que, como se viu, sempre foi possível – ou reconhecer expressamente a procedência do pedido que lhe foi dirigido. Perceba-se, ainda, que este excerto cuida de situação que a doutrina já apontava (Sidney Sanches, Vicente Chermont, Araújo Cintra): a absurdez da exigência de o denunciante prosseguir na defesa se estiver convicto da razão do seu adversário.

(d) Ao mencionar expressamente a possibilidade de o réu "deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos", o legislador refere-se exatamente ao conteúdo que a doutrina emprestava à locução "prosseguir na defesa", contida no inciso II do art. 75 do CPC. Também aqui aparece a sintonia do legislador civilista com as manifestações doutrinárias surgidas em derredor do chamamento à autoria e, empós, da denunciação da lide.

Com razão Cassio Scarpinella Bueno, quando defende a aplicação do parágrafo único do art. 456 do CC-2002 na hipótese de denunciação da lide promovida pelo autor – no caso, poderia o autor, sendo manifesta a improcedência do seu pedido, e sendo revel o denunciado, deixar de usar de recursos.[153]

Cassio Scarpinella Bueno entende que este novo parágrafo autoriza a chamada "condenação direta" do denunciado, pois foi aquele que, em última análise, deu ensejo à evicção.[154] As demandas que dão ensejo à evicção são reais ou *reipert securus*: seja uma ação reivindicatória proposta por um terceiro, seja uma ação declaratória do direito de propriedade proposta pelo adquirente em face de terceiro que discuta o seu direito. O primeiro caso, que dá azo ao surgimento da denunciação da lide pelo réu, trata-se de demanda que tem por objetivo a entrega de coisa, que está nas mãos do réu, e não nas do alienante-denunciado. Neste caso, não entendemos como poderia haver "condenação direta" do denunciado a devolver uma coisa que não está com ele.[155] No entanto, se o autor agregar ao pleito reivindicatório o pedido de indenização, p. ex., pelos frutos colhidos e percebidos, e pelos que o réu deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé (art. 1.216 do CC-2002; art. 513 do CC-1916)[156], em relação a

152. "Resistir é aproveitar-se do processo para 'ganhar tempo', é abusar do direito de defesa (que poderia até render ensejo à antecipação de tutela com base no art. 273, II, do Código de Processo Civil); é litigar de má-fé (e motivar sua apenação porque incursa nos incisos I, II, IV ou V do art. 17 do mesmo Código)" (BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 254).
153. BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 257-258.
154. BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 252-259; 266-268.
155. Cassio Scarpinella Bueno lembra a lição de Gabriel Rezende Filho, escrita para o chamamento à autoria, mas plenamente aplicável atualmente: "Entretanto, como o objetivo principal da execução é a entrega da coisa demandada, que continua em poder do réu primitivo, contra êste executar-se-á a sentença" (*Curso de direito processual civil*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1968, v. 1, p. 291).
156. Adaptação de exemplo sugerido por Gabriel Rezende Filho, em outro contexto (*Curso de direito processual civil*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1968, v. 1, p. 291).

esta parcela da demanda será possível cogitar-se de "condenação direta" do denunciado. Concordamos, contudo, que este parágrafo único do art. 456 pode servir como *mais um* argumento a favor daqueles que defendem a possibilidade de condenação direta do denunciado.

Uma observação a mais precisa ser feita. O réu-denunciante pode deixar de oferecer contestação ou valer-se de recursos mesmo se o denunciado não for revel. Assumirá, então, as conseqüências de sua conduta. Acontece que, se o denunciado estiver no processo, assumirá ele, como vimos, a posição de litisconsorte ou assistente do denunciante (depende da corrente doutrinária que se adotar), e, em qualquer destas posições, poderá promover a defesa ou valer-se de recursos pelo denunciante, impedindo que aquelas condutas do denunciante por si sós lhe prejudiquem. É que as omissões e condutas determinantes (aquelas que inexoravelmente levam à parte a uma situação processual desfavorável) do denunciante não podem prejudicar o denunciado que compareceu ao processo (art. 75, I, do CPC).

12. CHAMAMENTO AO PROCESSO

O chamamento ao processo (não confundir com o chamamento à autoria, instituto antigo, que redundou na atual denunciação da lide) é instituto novo, criado pelo CPC-73. A sua finalidade primeira é alargar o campo de defesa dos fiadores e dos devedores solidários, possibilitando-lhes, diretamente no processo em que um ou alguns deles forem demandados, chamar o responsável principal, ou os co-responsáveis ou coobrigados, para que assumam a posição de litisconsorte, ficando submetidos à coisa julgada.

Trata-se de intervenção de terceiro provocada pelo réu, cabível apenas no processo de conhecimento, que se funda na existência de um vínculo de solidariedade entre o chamante e o chamado. É instituto criado em benefício do réu. Neste sentido, revela uma desarmonia entre o direito material e o direito processual: é que, conforme regra antiga, havendo solidariedade passiva, pode o credor exigir toda a dívida de qualquer um dos co-devedores (art. 275 do CC-2002). Este benefício é retirado, na medida em que pode o devedor solidário demandado trazer ao processo o outro devedor, que por opção do autor-credor não havia sido colocado como parte ré, impondo ao demandante prosseguir no processo em face de quem, a princípio, não demandara.

> "...tudo isso nos leva à conclusão de que o legislador processual está retirando com a mão esquerda aquilo que o legislador material deu ao credor com a direita, suprimindo, na prática, o benefício que a lei civil lhe concede".[157]

157. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 89. Dinamarco, entretanto, defende o instituto: "...proceder a uma instrução mais ampla e, por isso, mais demorada que aquele que se daria se não ocorresse a pluralização de partes no processo. Isso só deporia contra o instituto, porém, se se partisse da nefasta premissa inerente ao método do processo civil do autor, hoje repudiado por todos que buscam um processo de resultados e propugnam pela busca do maior proveito útil possível ao exercício da jurisdição."

Os chamados devem ao credor/autor, não ao chamante. Não se trata, pois, de exercício de ação regressiva do chamante contra o chamado, mas apenas de convocação para a formação de litisconsórcio passivo. Não há ampliação do objeto litigioso do processo. Cândido Dinamarco, Marcelo Abelha Rodrigues, Nelson Nery Jr. etc. entendem que o chamamento ao processo é hipótese de ampliação objetiva do processo, com exercício de demanda incidental de regresso.

> Observe que as pessoas que podem ser chamadas ao processo têm sempre alguma obrigação perante a parte contrária; têm, consequentemente, legitimidade pas-siva ordinária: poderiam até ter sido demandadas diretamente pelo autor.[158] É a contraposição da nomeação à autoria, que visa exatamente excluir uma parte ilegítima, nomeando a legítima; aqui, se inclui uma parte também legítima, ampliando subjetivamente o processo.

O litisconsórcio que se forma é ulterior, passivo e facultativo. Será unitário ou simples, a depender da indivisibilidade do bem objeto da dívida solidária: já se viu que nem sempre a solidariedade implica unitariedade, que dependerá da natureza do bem jurídico (se indivisível, unitário; se divisível, simples). É certo, porém, que sempre que houver pluralidade de devedores de obrigação indivisível haverá solidariedade.

Só cabe o chamamento ao processo se, em face da relação material deduzida em juízo, o pagamento da dívida pelo chamante dê a este o direito de reembolso, total, ou parcial, contra o chamado. Isso não quer dizer que o chamamento ao processo implique demanda regressiva (para buscar o quinhão que cabe a cada um na solidariedade passiva), à semelhança do que ocorre com a denunciação da lide. O chamado, co-devedor que é, pode, ao final, pagar a dívida (com a expropriação de bens que compõem o seu patrimônio) e, então, é ele que se voltará, regressivamente, só que contra o chamante.

O objetivo da lei é a inclusão de todos (chamante e chamados) na mesma condenação, porque o título que se forma é judicial e a sua execução só pode ser dirigida em face dos que participaram do seu processo de formação. O ato decisório do juiz representará título executivo certo e exeqüível para o credor e condicional para o devedor que satisfizer a dívida: para aquele que cumprir a condenação, a sentença consubstanciar-se-á em título executivo, sem a necessidade de maiores delongas (art. 80 do CPC).[159] A sentença, embora certa quanto à condenação de todos os devedores, é incerta quanto à legitimação para a execução, que só será deferida àquele que satisfizer a dívida.[160]

Eis os casos de chamamento ao processo, previstos no art. 77 do CPC: a) na ação promovida pelo credor contra o fiador, este poderá chamar o afiançado (perceba, não cabe chamamento do fiador na hipótese de o devedor principal ser demandado, pois não há possibilidade teórica de regresso do devedor em face do fiador): ganhará a vantagem

158. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* Cit, p. 421.
159. "Art. 80. A sentença, que julgar procedente a ação, condenando os devedores, valerá como título executivo, em favor do que satisfizer a dívida, para exigi-la, por inteiro, do devedor principal, ou de cada um dos co-devedores a sua quota, na proporção que lhes tocar".
160. FUX, Luiz. *Intervenção de terceiros,* cit., p. 47.

do título executivo bem como de exercitar o benefício de ordem, nomeando bens livres e desembargados do devedor à penhora; b) quando duas ou mais pessoas prestam fiança relativamente a um mesmo débito, em regime de solidariedade, e o credor resolve cobrar a dívida de apenas um dos fiadores, poderá este chamar ao processo seu co-fiador. Poderá chamar, também, o devedor principal; c) é admissível o chamamento ao processo de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum. Pela lei civil, o credor poderá escolher dentre os devedores solidários, aquele contra quem exercerá a pretensão executória.

> São exemplos de casos típicos de ação regressiva, não encetados pela denunciação da lide. Enquadrou o legislador, pelo princípio da especialidade, como caso de chamamento ao processo. Não se aplica, ainda, a denunciação da lide. Por causa desta parecença entre os institutos, o CPC manda aplicar ao chamamento ao processo, por analogia, as regras da denunciação da lide (art. 79). Ademais, entre os chamados e a parte adversa, como já se disse, há relação jurídica direta, o que inexiste nas hipóteses de denunciação. Perceba que não há exercício do direito de ação, mas mera provocação de intervenção. Trata-se de exemplo clássico de ampliação subjetiva ulterior, autorizada por lei.[161-162]

13. OUTRAS QUESTÕES

13.1. A denunciação da lide e o chamamento ao processo nas causas de consumo

O Código de Defesa do Consumidor traz dois artigos que tratam especificamente sobre a denunciação da lide e o chamamento ao processo nas causas de consumo. Não há distinção, quanto ao tratamento do tema, entre causas de consumo coletivas e individuais. A análise que se faz, a partir de agora, serve à resposta do seguinte problema: em que medida é possível a utilização da denunciação da lide ou do chamamento ao processo em causas (coletivas ou individuais) de consumo?

A doutrina, de um modo geral, posiciona-se pela inadmissibilidade de denunciação da lide em causas de consumo. Basicamente, três são as linhas de argumentação: a) seria incompatível com o sistema de responsabilidade civil objetiva implementado pelo CDC, pois, pela denunciação da lide, introduzir-se-ia fundamento jurídico novo, o que seria vedado; b) a denunciação da lide, pelo fornecedor, em causas de consumo, comprometeria a prestação efetiva e tempestiva da tutela jurisdicional, o que prejudicaria, "por tabela", o consumidor; c) a existência do art. 88, que veda a denunciação da lide nas causas de consumo, na hipótese de pretensão regressiva fundada na responsabilidade por fato do produto (arts. 12 e 13 do CDC).[163]

161. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* Cit, p. 413.
162. FUX, Luiz. *Intervenção de Terceiros (Aspectos do Instituto).* Cit, p. 45.
163. Ver, neste sentido, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 296; NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação processual civil extravagante em vigor.* 5 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 1.893; JORGE, Mario Helton. "Da denunciação da lide no Código de Defesa do Consumidor". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2002, n. 108, p. 38-42.

Em relação ao argumento "a", já o enfrentamos, quando examinamos a extensão que se deve dar ao inciso III do art. 70 do CPC: a solução deve ser casuística.

Agora, ao argumento "b".

Não se pode proibir a denunciação da lide, em tese, sob o argumento de que se trata de instituto que compromete a prestação tempestiva da tutela jurisdicional (argumento "b"). Se o instituto fosse, essencialmente, tão nefasto, deveria ser proscrito de todo o sistema – e não somente da tutela jurisdicional das relações de consumo. Conforme dissemos, o caso não é para soluções "em tese", "abstratas", "apriorísticas". Como o legislador não cuidou de proibir o instituto – veremos que o art. 88 do CDC não trata da denunciação da lide –, não nos parece possível esta interpretação.

Vejamos, então, o último argumento.

A literalidade do art. 88 do CDC é clara ao vedar a denunciação da lide, nas hipóteses do art. 13 do mesmo código. Assim, o fornecedor demandado por um fato do produto não poderia denunciar a lide ao fabricante, construtor, produtor ou qualquer outro agente que componha a cadeia da relação de consumo; a ele somente restaria a propositura de demanda regressiva autônoma, que poderia dar-se nos mesmos autos. Este artigo aplica-se tanto à tutela individual como à tutela coletiva dos direitos do consumidor, conforme já foi alertado. Examinemos as principais questões que surgem na aplicação deste dispositivo.

Em primeiro lugar, cumpre observar se a situação prevista no art. 88 do CDC enseja realmente denunciação da lide. É que, por força do parágrafo único do art. 7º do CDC, há responsabilidade solidária de todos aqueles que tenham participado da cadeia produtiva (produtor, importador, distribuidor etc.). Ora, como hipótese de responsabilidade solidária, a modalidade interventiva cabível é o chamamento ao processo (art. 77 do CPC), e não a denunciação da lide. De fato, o caso seria de chamamento ao processo.[164-165] Na verdade, não obstante a letra da lei, a proibição não diz respeito à denunciação da lide, mas, sim, ao chamamento ao processo. A razão da proibição, aliás, é muito simples.

O chamamento ao processo é modalidade interventiva que beneficia, unicamente, o devedor solidário demandado, em detrimento do credor-autor, que terá de demandar contra quem, a princípio, embora pudesse fazê-lo, não quis promover a demanda. Além disso, a cadeia produtiva por vezes é muito comprida; admitir-se o chamamento ao processo, nestes casos, poderia implicar a possibilidade, ao menos teórica, de formação de um litisconsórcio facultativo passivo muito grande, também aqui em detrimento, obviamente, do

164. Também assim, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 296; JORGE, Mario Helton. "Da denunciação da lide no Código de Defesa do Consumidor". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2002, n. 108, p. 38-42.

165. A confusão que se faz entre denunciação da lide e chamamento ao processo pode ser solucionada à luz do direito material. "...na denunciação existe vínculo jurídico no plano material apenas entre denunciante e denunciado; no chamamento, os chamados são devedores do credor comum, não do chamado". (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo.* 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 112).

consumidor-autor. O legislador antecipou-se ao aplicador da norma: procedeu à adequação subjetiva do regramento processual das causas de consumo, impedindo a utilização desta modalidade de intervenção de terceiro.

Uma outra dúvida é quanto à extensão da proibição: o art. 88 somente faz referência às demandas que versam sobre responsabilidade por fato do produto; não menciona aquelas relacionadas à responsabilidade por fato do serviço (art. 14 do CDC), por vício do produto ou do serviço (arts. 18 e segs. do CDC). Fica a dúvida, então: proíbe-se de forma generalizada a "denunciação da lide" (*sic*) ou a vedação se dá apenas nas restritas situações previstas no dispositivo do art. 88?

Já se observou que a redação do art. 88 não é muito feliz, ao referir-se à denunciação da lide quando era caso de chamamento ao processo. A remissão apenas aos casos de responsabilidade por fato do produto, e não aos demais, contudo, não se justifica. É que também nas outras hipóteses de responsabilidade podem existir vários responsáveis – fornecedores que compõem a cadeia de consumo –, cuja permissão de ingresso em juízo, contra a vontade do consumidor-autor (que não os escolheu como réus, embora pudesse fazê-lo, repita-se, em razão da solidariedade), poderia ser-lhe bastante prejudicial. A analogia, aqui, se impõe.

Ainda sobre o chamamento ao processo nas causas de consumo, cabem algumas palavras sobre o art. 101, II, CDC.

A intervenção com base em contrato de seguro será, no mais das vezes, a denunciação da lide, porquanto não possua a empresa seguradora vínculo de direito material com o adversário do denunciante segurado. Sucede que o Código de Defesa do Consumidor, como forma de ainda mais bem tutelar os direitos do consumidor, criou uma figura nova do chamamento ao processo em casos de seguro (art. 101, II, do CDC).[166] Kazuo Watanabe justifica a adoção dessa nova modalidade de chamamento ao processo:

> "O fornecedor demandado poderá convocar ao processo o seu segurador, mas não para o exercício da ação incidente de garantia, que constitui a denunciação da lide..., e sim para ampliar a legitimação passiva em favor do consumidor, o que se dá através do instituto do chamamento ao processo... Com a norma do art. 101 do Código, o elenco do art. 77, CPC, fica ampliado para nele ficar abrangido o segurador do fornecedor de produtos e serviços, que passa a assumir a condição de co-devedor perante o consumidor. (...) O chamamento ao processo, portanto, amplia a garantia do consumidor e ao mesmo tempo possibilita ao fornecedor convocar desde logo,

166. "Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: (...) II – o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil. Nesta hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do art. 80 do Código de Processo Civil. Se o réu houver sido declarado falido, o síndico será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denunciação da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este".

sem a necessidade de ação regressiva autônoma, o segurador para responder pela cobertura securitária prometida".[167]

Na verdade, o CDC adotou expressamente a concepção doutrinária que admitia a "condenação direta" do denunciado, mesmo não havendo relação jurídica entre ele e o adversário do denunciante, sob o fundamento de que o CPC trata o denunciado como litisconsorte do denunciante (arts. 74 e 75, I). O STJ tem inúmeros precedentes admitindo a condenação direta da seguradora-denunciada (ver, por exemplo, com boa resenha, REsp 188.158-RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 15/6/2004).[168] Para evitar discussões, o CDC optou por rotular a intervenção, que seria denunciação da lide, de chamamento ao processo, para permitir que o consumidor possa executar a sentença diretamente contra a seguradora (art. 80 do CPC).

Eis, por enquanto, o quadro: somente é admissível, nas causas de consumo, inclusive as coletivas, o chamamento ao processo de que cuida o inciso II do art. 101, CDC; as demais hipóteses ficam proibidas, *ex vi* do art. 88 do CDC. Em relação à denunciação da lide, não vemos qualquer proibição em tese: é no caso concreto, à luz de suas peculiaridades, que o problema deve ser resolvido.

13.2. Intervenção especial da União e das pessoas jurídicas de direito público

O constituinte, no inciso I do art. 109 da Constituição Federal, estipulou que as causas cíveis em que a União, entidades autárquicas ou empresas públicas federais intervierem como assistentes serão da competência da justiça federal de primeira instância.

Sucede que, como pontuou Aluísio Mendes, "o Poder Executivo e o legislador ordinário já tentaram afastar, de modo dissimulado, o interesse jurídico como requisito, estabelecendo uma intervenção *ex officio* ou por simples desejo do ente federal".[169] Editaram-se leis que autorizavam a intervenção da União, em processo alheio, sem a necessidade de demonstração de interesse jurídico, e que, em razão disso, desnaturavam os clássicos institutos da intervenção.[170]

167. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 701-2.
168. O CC-2002 também traz dispositivo semelhante, para os casos de seguro-obrigatório: "Art. 788. Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado. Parágrafo único. Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório".
169. MENDES, Aluísio Gonçalves. *Competência Cível da Justiça Federal.* São Paulo: Saraiva, 1998, p. 67.
170. São exemplos lembrados por Aluísio Mendes, em relação aos quais se aplica o quanto aqui dito: a) LF 5.010/66, art. 70: "A União intervirá, obrigatoriamente, nas causas em que figurarem, como autores ou réus, os partidos políticos, excetuadas as de competência da Justiça Eleitoral, e as sociedades de economia mista ou empresas públicas com participação majoritária federal, bem assim os órgãos autônomos especiais e fundações criados por lei federal."; b) LF 5.627/70, art. 4°: "Nas ações judiciais em que as Sociedades de Seguros ou de Capitalização, em regime de liquidação extrajudicial compulsória, sejam autoras, rés, assistentes ou oponentes, a União será sempre citada como assistente (art. 125 da Constituição Federal). Parágrafo único. As disposições dêste artigo aplicam-se às ações em curso, devendo os respectivos processos ser remetidos *'ex officio'* à Justiça Federal no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data em que for apresentado em juízo o pedido de citação da União."; c) LF 6.825/80, art. 7°: "A União Federal poderá intervir nas causas em que figurarem, como autores ou réus, os partidos políticos, excetuadas as de competência da Justiça Eleitoral, e as sociedades de economia mista ou empresas públicas com participação majoritária federal, bem assim os órgãos autônomos e fundações criados por lei federal"; d) LF 8.197/91, art. 2°: "A União poderá intervir nas causas em que figurarem como autoras ou rés as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas federais."

Sempre poderá afirmar-se, é verdade, que as modalidades interventivas são institutos processuais criados e regulados por lei infraconstitucional, que modela os seus contornos e os seus pressupostos sem maiores limitações. Indaga-se, entretanto: a Constituição, ao estabelecer a norma de competência em questão, em cuja hipótese de incidência consta a assistência, criou tipo aberto a ser preenchido, ao seu bel-prazer, pelo legislador ordinário, ou referiu-se a instituto já consagrado pela tradição jurídica brasileira, que sempre exigiu a presença de interesse juridicamente qualificado?

Alterar as regras da intervenção de terceiro é tarefa do legislador ordinário, sem dúvida; mas a partir do momento em que a Constituição Federal seleciona um instituto processual, para compor o tipo constitucional que comete competência a determinado órgão jurisdicional, não poderia o legislador ordinário alterar o conteúdo dogmático do instituto, sob pena de, com isso, ferir o texto constitucional.

Nada impede que, amanhã, edite-se uma lei que autorize a intervenção de terceiro por prejuízo econômico ou emocional, desde que não altere a competência jurisdicional constitucionalmente estabelecida.

Alterar os pressupostos da assistência apenas para a União e outras pessoas jurídicas de direito público, sem fazer o mesmo para os particulares, é desigualação descabida e desproporcional; se a dispensa da exigência do interesse jurídico, para intervir em demanda pendente, fosse para todos, não haveria o que se questionar; dispensá-la apenas para os entes públicos não se justifica.

A jurisprudência, atenta a esta circunstância, continuou a considerar imperiosa a existência de interesse jurídico, a despeito da legislação dissonante. São exemplos desta corrente os enunciados n° 61 e 150[171] da súmula do Tribunal Federal de Recursos e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente. Estaria, se assim não fosse, "a lei ordinária ampliando as hipóteses constitucionais de competência da Justiça Federal. E por isso mesmo o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o artigo 4° da Lei 5.627/70".[172]

171. Súmula do TFR, n.61: "Para configurar a competência da Justiça Federal, é necessário que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, ao intervir como assistente, demonstre legítimo interesse jurídico no deslinde da demanda, não bastando a simples alegação de interesse na causa."; Súmula do STJ, n.150: "Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico, que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas."
172. Trecho de voto do Min. Eduardo Ribeiro, citado por Aluísio Mendes e publicado na RSTJ 25/46. Também conforme o acórdão do STF citado por Vicente Greco Filho: "O interesse da União, na demanda, para deslocar a competência da Justiça comum para a Justiça Federal, há de ser interesse real, interesse que faça com que a União diretamente se beneficie ou seja condenada pelo julgado, e não o interesse *adjuvandum tantum*". (*Direito Processual Civil Brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. I, p. 150.)

Não obstante isso, em 1997, editou-se a Lei Federal n.º 9.469, resultado da conversão da Medida Provisória n.º 1.561, que assim dispõe:

> Art. 5º. A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.
>
> Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.[173]

O dispositivo legitimou a União a intervir de forma ampla em processo alheio, tendo em vista apenas a qualidade das partes em litígio, independentemente da juridicidade do interesse que leva à intervenção.[174] Permite-se, inclusive, que a União formule pedido de suspensão de segurança.[175] O tipo legal exige, como elementos fundamentais para o ingresso, a presença, como autora ou ré, de uma das pessoas indicadas e a manifestação de vontade da União em participar do feito; em nenhum momento cogita do interesse, que parece estar presumido. É, sem dúvida, intervenção sem equivalente em nosso Código de Processo Civil.

Acreditamos que, seguindo a linha jurisprudencial a respeito da legislação anterior, este dispositivo deverá ser interpretado conforme a Constituição, de modo que se autorize intervenção apenas quando presente o interesse jurídico. É realmente irrazoável autorizar-se a alteração subjetiva do processo por simples manifestação de vontade, mesmo que inexistisse qualquer prejuízo.[176]

Uma questão, ainda, merece análise especial, independentemente de se exigir ou não a juridicidade do interesse:[177] a intervenção especial da União em fase recursal.

173. Observar que, agora, não se pode mais editar medida provisória com conteúdo processual, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, que alterou substancialmente a redação do art. 62 da Constituição Federal.
174. GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, ob. cit., p. 151.
175. Corte Especial, STJ, AGP 1.621/PE, rel. Min. Nilson Naves, j. 24.06.2002, DJ 14.04.2003.
176. O STJ, em decisão recente, disse não se aplicar o dispositivo do art. 5.º da LF 9.469/97 ao mandado de segurança: "O art. 5.º, par. ún., da Lei 9.469/97 não alcança o mandado de segurança. Destarte, a pessoa de Direito Público, alegando que o deslinde do feito resultará, direta ou indiretamente, efeito econômico, não pode se valer desse dispositivo para intervir nesse tipo de processo" (EDcl no AgRg no MS 5.690-DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgados em 27.02.2002).
177. Conquanto não mencione a questão da indevida ampliação constitucional das hipóteses de competência da Justiça Federal, Vicente Greco Filho parece aceitar esta intervenção especial: "Daí podermos concluir que, em virtude da legitimação estabelecida pelo texto legal, a intervenção da União pode ocorrer, nas hipóteses citadas, ainda que o interesse de intervir seja meramente de fato ou, ainda, apenas, para acompanhar o feito como observadora. Releva ressaltar, ainda, que fica afastada por incompatível com a nova sistemática legal a jurisprudência anterior restritiva à intervenção da União nas causas em que são partes as pessoas jurídicas acima enunciadas, inclusive no concernente à deslocação do foro para a sede da Circunscrição da Justiça Federal, fato que, agora, parece inconteste. A lei criou, por conseguinte, uma figura especial de intervenção, não enquadrável nas hipóteses capituladas como de intervenção de terceiros no Código de Processo Civil, que tem como pressuposto apenas a posição de autora ou ré uma das pessoas referidas na lei e a vontade da União. O interesse, no caso, se presume pela participação de capital majoritário federal nas empresas públicas ou sociedades de economia mista e pela criação no caso das fundações" (*Direito Processual Civil Brasileiro*, ob. cit., p. 151).

Afirma o dispositivo que a União estaria legitimada a intervir em causas de que façam parte sociedades de economia mista. Sabe-se, por outro lado, que a presença de tais entes não *"desloca"* (*sic*) a competência para a Justiça Federal (art. 109, I, CF/88).[178] Assim, *quid iuris* se a União recorrer, como terceira, de sentença prolatada contra a sociedade de economia mista: desloca-se o julgamento para Justiça Federal ou permanecerá competente o Tribunal de Justiça do Estado-membro?

Entendemos que o recurso, a despeito de ter sido interposto pela União, deverá ser julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado, e não pelo Tribunal Regional Federal, porquanto este, de acordo com o art. 108, II, da CF, somente tem competência recursal para "as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição".[179] Isso já foi visto, no capítulo sobre competência.[180]

Assim, mesmo que esta modalidade interventiva prescinda do requisito interesse jurídico – hipótese apenas para argumentar –, quando se der em fase recursal (por via de recurso do terceiro) não terá o condão de deslocar o processamento e o julgamento para a Justiça Federal, se a causa, originariamente, era da competência da Justiça Estadual.

Mas ainda se cria uma outra modalidade de intervenção de terceiro.

O parágrafo único do dispositivo comentado escancara a desnecessidade de demonstração de interesse jurídico, legitimando qualquer *pessoa jurídica de direito público* (não somente a União, nem tampouco se restringe às pessoas públicas federais: qualquer uma,

178. Enunciado nº 556 da súmula do STF: "É competente a Justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista". Enunciado n.42 da súmula do STJ: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento".
179. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 124. No mesmo sentido, mais recentemente, CUNHA, Leonardo Carneiro da. "Intervenção anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 601-611.
180. Em sentido contrário, sem maiores fundamentações, decidiu a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal: "Com base na jurisprudência do STF no sentido de que compete à Justiça Federal manifestar-se, em ação de usucapião, sobre a existência ou não de interesse jurídico da União na lide, a Turma decidiu que compete ao Tribunal Regional Federal julgar, em sede recursal, a decisão de magistrado estadual que não admitira a intervenção da União, requerida em razão da área usucapienda confrontar com terreno de marinha..." (RE 144.880-ES, rel. Min. Celso de Mello, 31.10.2000; precedente citado RE 203.088-SC, *DJU* 13.03.1998). Também assim o Superior Tribunal de Justiça, recentemente: "COMPETÊNCIA. INTERVENÇÃO. CEF. A Seção, por maioria, decidiu que, se a CEF ingressar no feito, ainda que no curso do processo, no caso após a sentença, automaticamente desloca a competência para a Justiça Federal. CC 38.790-RS, Rel. originário Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 27/8/2003"; 1ª T, STJ, REsp n. 399.695/AL, rel. Min. Luiz Fux, j. 10.09.2002, DJ 02.12.2002, p. 234.

inclusive as estaduais e municipais)[181] a intervir em qualquer causa, desde que demonstre as conseqüências econômicas, ainda que reflexas, da decisão judicial.

Essa intervenção seria para prestar esclarecimentos em matéria de fato e de direito, podendo, ainda, juntar memoriais. No entanto, fala-se que, se a pessoa jurídica de direito público interpuser recurso, tornar-se-á parte, para fim de deslocamento da competência.

Em primeiro lugar, trata-se de modalidade interventiva *sui generis*, cujos únicos legitimados são as pessoas jurídicas de direito público, que estariam, a princípio, dispensadas da demonstração do interesse jurídico, bastando o econômico. Sobre a necessidade de interesse jurídico já se falou linhas atrás: a despeito do texto legal, há que se exigir o interesse jurídico da pessoa jurídica de direito público. Sobre a exclusividade da legitimação – a par de manifesta inconstitucionalidade, pois a desigualação é aparentemente sem sentido, além de ampliar as hipóteses de competência previstas na Constituição –, não é de se estranhar, mesmo que tenha surgido a partir de uma Medida Provisória, que requer, para a sua edição, relevância e urgência; basta que se observem as inúmeras prerrogativas processuais do poder público.

Em segundo lugar, afirma o legislador, desnecessariamente, que o recurso, para fins de *"deslocamento da competência"* (*sic*), transformaria em parte o recorrente público. Consideramos despicienda a afirmação, pois toda a modalidade de intervenção de terceiro tem por finalidade transformar um estranho em parte – não seria esta uma exceção. Ao ingressar para defender seus interesses econômicos – relacionados a uma das partes –, está a pessoa jurídica intervindo na qualidade de um assistente com interesse meramente econômico, rompendo a tradição da exigência do interesse jurídico para a intervenção do coadjuvante.[182] Na verdade, quis o legislador emprestar ao recorrente, para impressionar o operador jurídico, um *status* aparentemente de maior relevo, preparando, assim, a emboscada jurídica da modificação, em qualquer hipótese, da competência.[183] Vejamos.

181. CUNHA, Leonardo Carneiro da. "Intervenção anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 597.

182. Não considerando que essa intervenção transforme a pessoa jurídica de direito público em parte, CUNHA, Leonardo Carneiro da. "Intervenção anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 601.

183. A nosso sentir, sem razão, *data venia*, Athos Carneiro, que identifica no caso intervenção de *amicus curiae*. Afirma que, apenas se a pessoa jurídica de direito público recorrer, haverá de se falar em assistência; acaso a intervenção se dê exclusivamente em primeiro grau, estaríamos diante de uma intervenção como amigo do tribunal. (*Intervenção de terceiros*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 150-151). Pelas razões que expusemos, não entendemos desta forma. Há, nitidamente, interesse da pessoa jurídica de direito público na demanda (só que interesse econômico), que ingressa para ajudar nos interesses de uma das partes; não se pode, assim, misturar com a figura do *amicus curiae*, que é auxiliar da justiça, criado para o aprimoramento da qualidade técnica das decisões jurisdicionais. Sobre o assunto, mais longamente, ver ponto específico adiante.

Ainda no campo das falhas técnicas, utiliza-se o legislador da expressão *"deslocamento da competência"*, quando, em verdade, o que se desloca é o processamento e o julgamento da causa, em função da alteração de competência em razão da pessoa.

Por último, mas não menos importante, quer afirmar o legislador que a simples intervenção recursal de uma pessoa jurídica de direito público poderia deslocar a causa para a Justiça Federal. Assim, por exemplo, se o Banco Central do Brasil (BACEN), autarquia federal, recorresse de uma decisão que tramitasse na Justiça Estadual, para fins de modificação da competência, a causa seria transferida para o Tribunal Regional Federal. Ora, como demonstramos, não se pode expandir, por lei infraconstitucional, a competência da Justiça Federal; o TRF, em se tratando de competência funcional recursal, somente pode revisar decisões dos juízes federais e de juízes estaduais no exercício da competência delegada (art. 109, § 3º, CF/88). A condição de parte, ou não, é irrelevante. Este deslocamento da causa, nestas situações, jamais poderia acontecer.[184]

13.3. Intervenção litisconsorcial voluntária ou litisconsórcio facultativo ulterior simples

Intervenção litisconsorcial voluntária é designação utilizada pela doutrina para referir-se a dois fenômenos bastante distintos: a) assistência litisconsorcial, em que o terceiro voluntariamente pede para tornar-se litisconsorte unitário ulterior de alguém, nos casos em que há co-legitimação (intervenção do co-legitimado); b) o litisconsórcio facultativo ulterior ativo simples, em que terceiro ingressa em processo pendente, formulando pedido autônomo para si, semelhante ao que já havia sido formulado.[185]

A assistência litisconsorcial já foi examinada. Interessa, agora, o estudo da segunda espécie de *intervenção litisconsorcial voluntária.*

Trata-se de modalidade de intervenção de terceiro que surgiu da experiência judiciária, pela qual um terceiro ingressa para formar um litisconsórcio ativo ulterior facultativo e simples.

Aproveitando-se do dispositivo que permite alteração subjetiva antes da citação, o terceiro que assim ingressa intervém para formular, em seu próprio nome, pedido de sentença que lhe conceda vantagem análoga à que vinha sendo postulada pelo autor. Há ampliação objetiva e subjetiva do processo.[186] Nesta medida, diferencia-se da assistência litisconsorcial, uma vez que esta não amplia o objeto do processo.

184. Conosco, no particular, Aluísio Mendes: "A intervenção da União, das entidades autárquicas, fundações públicas ou empresas públicas federais no processo, após a prolação da sentença, não desloca a competência para a Justiça Federal" (ob. cit., p. 144).

185. Sobre as duas espécies de intervenção litisconsorcial voluntária, ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Assistência e intervenção da União.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 110; DINAMARCO, Cândido. *Litisconsórcio.* 5 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 333-334.

186. DINAMARCO, Cândido. *Litisconsórcio.* 5 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 333-334.

Trata-se, entretanto, de prática proibida em nosso sistema.[187]

Acaso se permita o ingresso de terceiro na qualidade de litisconsorte simples ulterior ativo, estar-se-ia permitindo, por tabela, a escolha, pelo terceiro, do juízo competente para a sua causa, em burla manifesta ao princípio do juiz natural. A alteração subjetiva do pólo ativo do processo, com o acréscimo de um litisconsorte, só é possível em caso de assistência ou de denunciação da lide formulada pelo autor – entendendo o denunciado como assistente do denunciante contra o seu adversário –, ou em caso de reunião de demanda conexas, quando, pela identidade do pedido, haveria litisconsórcio unitário. A estabilidade subjetiva do pólo ativo se opera, assim, com a propositura da demanda (art. 263, CPC). O litisconsórcio facultativo ativo deve ser inicial.

O Superior Tribunal de Justiça vem seguindo este entendimento:

> "JUIZ NATURAL. LITISCONSÓRCIO APÓS DISTRIBUIÇÃO. INADMISSIBILIDADE. Trata-se de ação ordinária interposta pelo ora recorrente que objetivava a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes relativa ao recolhimento do PIS e da Cofins, a teor da Lei n. 9.718/1998. Na espécie, distribuído o feito, o juiz deferiu o pedido de inclusão dos referidos litisconsortes ativos facultativos, seguindo-se a instrução probatória. Na sentença o magistrado de 1° grau determinou a extinção do feito sem julgamento de mérito, lastreado no entendimento de que o litisconsórcio facultativo posterior viola o princípio do juiz natural. O Tribunal *a quo* manteve a sentença afirmando inaplicável o art. 113, § 2°, do CPC. A Turma, por maioria, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento por entender que a admissão do litisconsorte facultativo ativo após já distribuída a ação malfere o princípio do juiz natural, pois possibilitaria à parte ter prévia ciência de quem irá julgar a causa. Já quanto à cobrança do PIS e da Cofins entendeu que, no caso, a matéria tem cunho constitucional, cabendo ao STF sua apreciação em sede de recurso extraordinário. Precedentes citados: Ag 661.924-PR, DJ 20/6/2005; REsp 498.209-PE, DJ 20/6/2005; REsp 640.987-RS, DJ 20/6/2005, e REsp 496.197-PR, DJ 9/5/2005." REsp 769.884-RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 28.3.2006, Informativo do STJ n. 279, 27-31 de março de 2006.

Há quem pense de outro modo, porém,[188] admitindo a possibilidade desta modalidade interventiva. Normalmente, os doutrinadores que adotam essa concepção referem-se ao § 2° do art. 14 da Lei Federal n. 9.289/1996, que cuida do regime de custas da Justiça Federal, e que poderia autorizar essa intervenção: "§ 2° Somente com o pagamento de importância igual à paga até o momento pelo autor serão admitidos o assistente, o litisconsorte ativo voluntário e o oponente". Há quem, ainda, admita, *em tese*, a possibilidade dessa

187. Assim, por exemplo, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.* 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1, p. 179-180; NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante.* 9 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 220; CARNEIRO, Athos Gusmão. "O litisconsórcio facultativo ativo ulterior e os princípios do juiz natural e do devido processo legal". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1999, n. 96, p. 195-205.

188. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Assistência e intervenção da União.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 112-113; DINAMARCO, Cândido. *Litisconsórcio.* 5 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 335-343.

modalidade de *intervenção litisconsorcial voluntária*, em razão da proteção ao direito fundamental à igualdade e à efetividade.[189]

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho considera possível a intervenção, desde que se preencham dois requisitos, de modo a evitar a burla à garantia do juiz natural: a) "depois de ajuizada mais de uma ação sobre o tema, a alternativa entre intervir neste ou naquele processo, perante este ou aquele juízo, constitui escolha que transgride, em tese, o princípio do juiz natural, devendo o interessado sujeitar-se à distribuição e à sua própria sorte;" b) "após a concessão de medida liminar, mesmo havendo um único processo, não deve ser admitida, salvo casos excepcionalíssimos, a intervenção litisconsorcial voluntária".[190]

Para Leonardo Greco, a garantia do juiz natural, usualmente apontada pela doutrina e pela jurisprudência como principal obstáculo à permissão da intervenção litisconsorcial voluntária, fica resguardada se autor e réu originários concordarem com o pedido de intervenção litisconsorcial voluntária, desde que feito até o saneamento (art. 264 do CPC). Como parte da premissa de que a garantia do juiz natural é "imposta em benefício das partes", pode o réu dela abrir mão, bem como o autor pode aceitar litigar com um litisconsorte simples[191].

13.4. Intervenção do *amicus curiae*[192]

13.4.1. Noção e hipóteses

É o *amicus curiae*[193] verdadeiro auxiliar do juízo. Trata-se de uma intervenção provocada pelo magistrado[194] ou requerida pelo próprio *amicus curiae*, cujo objetivo é o de

189. Veja a lição de Cassio Scarpinella Bueno, comentando a situação de um servidor público que pede para ingressar em mandado de segurança impetrado por outro, em cujo bojo foi concedida medida liminar: "Ao pretenso óbice do princípio do juiz natural deve-se sopesar o princípio da isonomia, que reclama solução idêntica para todos os servidores públicos sujeitos à mesma situação deduzida em juízo, e o da efetividade da jurisdição, a reclamar, dentre outras providências, que o processo possa realizar o direito material no menor tempo e com o menor esforço possível". (BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 120.)

190. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Assistência e intervenção da União*, cit., p. 113.

191. GRECO, Leonardo. "Concurso e cumulação de ações". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2007, n. 147, p. 24.

192. Sobre o *amicus curiae,* indispensável a leitura do monumental trabalho de BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático.* São Paulo: Saraiva, 2006.

193. Tratando do *amicus curiae* nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, assim se manifestam Nelson Nery Jr. e Rosa Nery: *"Amicus curiae.* O relator, por decisão irrecorrível, pode admitir a manifestação de pessoa física ou jurídica, professor de direito, associação civil, cientista, órgão e entidade, desde que tenha respeitabilidade, reconhecimento científico ou representatividade para opinar sobre a matéria objeto da ação direta. Trata-se da figura do *amicus curiae*, originária do direito anglo-saxão. No direito norte-americano, há a intervenção por consenso entre as partes ou por permissão da Corte". (NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.* São Paulo: RT, 2001, p. 1.600).

194. Sobre a possibilidade de determinação pelo relator da manifestação do *amicus curiae,* valendo-se da norma do art. 9°, §1°, LF 9.868/99, NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.* São Paulo: RT, 2001, p. 1.600.

aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário. A sua participação consubstancia-se em apoio técnico ao magistrado.

A primeira previsão de intervenção de *amicus curiae* no direito brasileiro deu-se por ocasião da Lei Federal n. 6.385/76, que no art. 31 impôs a intervenção da CVM (Comissão de Valores Mobiliários) nos processos que discutam matéria objeto da competência desta autarquia. A Lei Federal n. 8.884/94 (Lei Antitruste), no art. 89, também impõe a intimação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) nos processos em que se discutam questões relacionadas ao direito da concorrência. Nestes dois casos, o legislador, reconhecendo as dificuldades técnicas dessas causas, determinou a intervenção do *amicus curiae* e ainda indicou quem exerceria as funções de auxiliar do magistrado. Com a edição das leis que regulamentam os processos de controle concentrado de constitucionalidade, a intervenção do *amicus curiae* aprimorou-se: não mais se identifica previamente quem deva ser o auxiliar (que pode ser qualquer um, pessoa física ou jurídica, desde que tenha representatividade e possa contribuir para a solução da causa) e se permite a intervenção espontânea do *amicus curiae* – até então a intervenção era sempre provocada. Também se admite a intervenção de *amicus curiae* no incidente de decretação de inconstitucionalidade em tribunal (art. 482, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC), no incidente de análise do recurso extraordinário por amostragem da repercussão geral do recurso extraordinário (§ 6º do art. 543-A do CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 11.418/2006), no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante do STF em matéria constitucional (art. 3º, § 2º, da Lei Federal n. 11.417/2006), no incidente de julgamento por amostragem dos recursos especiais repetitivos (543-C, §§ 3º e 4º, CPC). Eis os principais casos de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro.[195]

A intervenção do "amigo do tribunal" serve, nestes casos, para proporcionar ao Supremo Tribunal Federal "pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões"[196] dos seus julgamentos. A relevância social de alguns tipos de causa é fator para uma adequação objetiva da tutela jurisdicional, que deve ter suas peculiaridades procedimentais modificadas de acordo com as características do objeto do processo. A ouvida/manifestação do *amicus curiae* é uma das manifestações desta adequação; sobretudo uma especialização procedimental, que se não confunde com qualquer espécie de fenômeno interventivo.

> "A intervenção do *amicus curiae* no processo objetivo de controle de constitucionalidade pluraliza o debate dos principais temas de direito constitucional e propicia uma maior abertura no seu procedimento e na interpretação constitucional, nos moldes sugeridos por Peter Häberle em sua sociedade aberta dos intérpretes da constituição".[197]

195. No célebre julgamento do Habeas Corpus n. 82424, em que se delineou o alcance do crime de racismo, previsto constitucionalmente, o STF admitiu a intervenção de *amicus curiae*, o Prof. Celso Lafer, a despeito da existência de regra expressa no processo penal neste sentido. Trata-se de julgamento também por este aspecto histórico, pois serve de paradigma para que se permita a intervenção deste auxiliar sempre a que a relevância da causa assim impuser.

196. MENDES, Gilmar Ferreira. *Lei 9868/99: processo e julgamento da ação direta de constitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.* Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=130>. Acesso em: 02.11.2001.

O próprio étimo da expressão – amigo da cúria, ao pé-da-letra; *friend of court*, para os americanos – já revela que se está diante de um auxiliar do juízo (do tribunal)[198]. Não é o *amicus curiae* um postulante, parte do processo com interesse específico em determinado resultado para o julgamento, o que não quer dizer que não possa ele, em determinadas situações, atuar com certa carga de parcialidade.

> É possível que, em processo de controle concentrado, uma associação solicite seu ingresso na condição de *amicus curiae*, defendendo uma determinada "tese" acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo, em prol da comunidade cujos interesses diuturnamente representa. É possível, inclusive, que se tenha, em juízo, mais de uma entidade com "teses" distintas ou opostas, sustentando, cada uma, seu posicionamento. Basta pensar na intervenção de uma associação para defesa dos direitos da população afro-brasileira, para abordar questão relativa ao sistema de cotas; ou de uma entidade para preservação da história e cultura dos judeus para definir se o crime racismo abrange o anti-semitismo. A verdade é que, parcial ou não o *amicus curiae*, às suas considerações dará o magistrado o peso que a sua convicção determinar ("The court may give the arguments in the amicus curiae brief as much or as little weight as it chooses").

Já que não ingressa como parte, não se pode equiparar, portanto, a intervenção do *amicus curiae* com a intervenção de terceiro: seria o mesmo que se comparar a intervenção de um perito com a de um assistente.[199-200] Não obstante isso, costuma-se examinar a intervenção do *amicus curiae* como se fosse espécie de intervenção de terceiro.

O *amicus curiae* compõe, ao lado do juiz, das partes, do Ministério Público e dos auxiliares de justiça, o quadro dos sujeitos processuais. Trata-se de outra espécie, distinta

197. CUNHA Jr., Dirley da. "A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 165.

198. Neste sentido, também, AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae.* Salvador: Edições JUSPodivm, 2005, p. 56-60. Trata-se de livro que merece ser consultado.

199. "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL. IMPOSSIBILIDADE. ATO JUIDICIAL QUE DETERMINA A JUNTADA, POR LINHA, DE PEÇAS DOCUMENTAIS. DESP ACHO DE MERO EXPEDIENTE. IRRECORRIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. – O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. – Simples juntada, por linha, de peças documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (*amicus curiae*): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum*". (STF, AGRADI 748-RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 01.08.1994, DJ 18.11.1994, p. 31392).

200. Carlos Del Pra, em belíssimo trabalho, entende tratar-se a intervenção espontânea do *amicus curiae* caso especial de intervenção de terceiro. Entende que se a intervenção se der por provocação do magistrado, o caso se assemelharia à intervenção de um auxiliar do juízo. ("Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIN e sua legitimidade recursal". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 62.

das demais, porquanto sua função seja de auxílio em questões técnico-jurídicas. Municia o magistrado com elementos mais consistentes para que melhor possa aplicar o direito ao caso concreto. Auxilia-o na tarefa hermenêutica. Esta última característica o distingue dos peritos, uma vez que esses têm a função clara de servir como instrumento de prova, e, pois, de averiguação do substrato fáctico.[201] Não se cogitam honorários, nem há grandes incidentes em sua atuação, tendo em vista que, normalmente, ela se dá por provocação do magistrado.

Distingue-se da função de *custos legis* na medida em que (1), em regra, sua intervenção não é obrigatória, (2) não atua como fiscal da qualidade das decisões, e sim mero auxiliar, e (3) pode atuar em lides que não envolvam direitos indisponíveis. A marca de sua intervenção é a pendência de demandas que envolvam conhecimentos técnico-jurídicos bastante especializados (ações que digam respeito a questões do direito da concorrência, p. ex.), ou tenham alta relevância política (p. ex.: ações de controle abstrato da constitucionalidade).

O *amicus curiae* também não é terceiro, pela simples circunstância de estar atuando no processo.

Chega-se, a partir do quadro traçado, à seguinte conclusão: a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* justifica-se como forma de aprimoramento da tutela jurisdicional; reconhece-se que o magistrado não detém, por vezes, conhecimentos necessários e suficientes para a prestação da melhor e mais adequada tutela jurisdicional.

No particular dos processos de controle abstrato de constitucionalidade das normas, assim se manifestou o Min. do STF Celso de Mello, cuja decisão serve, desde então, como parâmetro jurisprudencial acerca da intervenção do *amicus curiae*:

> "Como se sabe, o pedido de intervenção assistencial, ordinariamente, não tem cabimento em sede de ação direta de inconstitucionalidade, eis que terceiros não dispõem, em nosso sistema de direito positivo, de legitimidade para intervir no processo de controle normativo abstrato (RDA 155/155 – RDA 157/266 – ADI 575-PI (AgRg), Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). A Lei nº 9.868/99, ao regular o processo de controle abstrato de constitucionalidade, prescreve que 'Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucio-nalidade' (art. 7º, caput). A razão de ser dessa vedação legal – adverte o magistério da doutrina (OSWALDO LUIZ PALU, 'Controle de Constitucionalidade', p. 216/217, 1999, RT; ZENO VELOSO, 'Controle Jurisdicional de Constitucionalidade', p. 88, item n. 96, 1999, Cejup; ALEXANDRE DE MORAES, 'Direito Constitucional', p. 571, 6ª ed., 1999, Atlas, v.g.) – repousa na circunstância de o processo de fiscalização normativa abstrata qualificar-se como processo de caráter objetivo (RTJ 113/22 – RTJ 131/1001 – RTJ 136/467 – RTJ 164/506-507). Não obstante todas essas considerações, cabe ter presente a regra inovadora constante do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, que, em caráter excepcional, abrandou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial, passando, agora, a permitir o ingresso de entidade dotada de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade. A norma legal em questão, ao excepcionalmente admitir a possibilidade de ingresso formal de terceiros no processo de controle normativo abstrato, assim dispõe: 'O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.' (grifei) No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do *amicus curiae*, permitindo, em conseqüência, que terceiros, investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A regra inscrita no art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processsual do *amicus curiae* – tem por objetivo pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia. É certo que, embora inovadora em tema de controle abstrato de constitucionalidade (que faz instaurar processo de natureza marcadamente objetiva), a disciplina legal pertinente ao ingresso formal do *amicus curiae* já se achava contemplada, desde 1976, no art. 31 da Lei nº 6.385, de 07/12/76, que permite a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em processos judiciais de caráter meramente subjetivo, nos quais se discutam questões de direito societário, sujeitas, no plano administrativo, à competência dessa entidade autárquica federal. Cabe registrar, por necessário, que a intervenção do *amicus curiae,* para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio. Na verdade, consoante ressalta Paolo Bianchi, em estudo sobre o tema ('Un'Amicizia Interessata: L'*amicus curiae* Davanti Alla Corte Suprema Degli Stati Uniti', in 'Giurisprudenza Costituzionale', Fasc. 6, nov/dez de 1995, Ano XI, Giuffré), a admissão do terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais".[202]

Se se trata de uma intervenção para ajudar o magistrado, por que, então, proibir-se que essa ajuda se dê oralmente? Por que restringir esse auxílio à entrega de memoriais, à semelhança do que já fazem, há muito tempo, os peritos?[203]

201. Há, ainda, outros elementos de distinção: a) a sua intervenção pode dar-se a partir de sua solicitação; b) não se submete a exceção de suspeição ou impedimento; c) não tem direito a honorários profissionais; d) não tem prazo para entregar laudo (na verdade, o *amicus curiae* entrega os memoriais).

202. Duas regras do direito norte-americano são muito importantes para a compreensão da figura do *amicus curiae*, originária do direito anglo-saxão: a regra n.º 37, das *Rules of the Supreme Court of The U. S*, e a regra n.º 29, das *Federal Rules of Appellate Procedure* (FRAP).

203. Relembre-se, porém, que até mesmo em relação à perícia, admite-se que ela se resuma a esclarecimentos orais apresentados pelo perito em audiência (art. 421, § 2', CPC).

13.4.2. Poderes processuais do amicus curiae

Os poderes processuais do *amicus curiae* foram muito bem examinados pelo Min. Celso de Mello – que os amplia consideravelmente, revendo anterior posicionamento – na mesma ADIN 2.130-SC:

> "...entendo que a atuação processual do *amicus curiae* não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas. Cumpre permitir-lhe, em extensão maior, o exercício de determinados poderes processuais, como aquele consistente no direito de proceder à sustentação oral das razões que justificaram a sua admissão formal na causa. Assim permitindo, o STF não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, como, sobretudo, valorizará, sob perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente num processo como o de controle abstrato de constitucionalidade, cujas implicações, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação."[204]

Também admitem amplos poderes processuais ao *amicus curiae*, inclusive com a possibilidade de sustentação oral, Nelson Nery Jr.[205] e Carlos Del Prá.[206] Entendemos, porém, que não tem o *amicus curiae* legitimidade recursal.[207]

O Supremo Tribunal Federal não admitia a sustentação oral do *amicus curiae*. Não se justificavam as suas razões.

Em primeiro lugar, o § 2º do art. 7º da Lei Federal 9.868/99, fonte normativa para a intervenção do "amigo", não estabelece forma para a sua manifestação. Não havendo previsão legal a respeito, o ato processual (manifestação) pode ser efetivado por qualquer forma (oral ou escrita), desde que atinja a finalidade (que, no caso, é a de ajudar o tribunal no julgamento). Vale, pois, a regra do art. 154 do CPC.[208]

204. STF, ADIN (MC) 2130-SC, rel. Min. Celso de Mello, j. 20.12.2000, DJU 2.2.2001.
205. NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.* 6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 1.408.
206. "O *amicus curiae* e a assistência nas ações coletivas: a ampliação do debate como forma de participação democrática". artigo inédito gentilmente cedido pelo autor
207. DIDIER Jr., Fredie. *Recurso de terceiro.* São Paulo: RT, 2002, p. 157. Em sentido diverso, admitindo a legitimidade recursal do *amicus curiae* para impugnar a que decisão não admite a sua intervenção, PRÁ, Carlos Del. "Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIN e sua legitimidade recursal". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 74-76; CUNHA Jr., Dirley da. "A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 165; AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*, p.18.
208. Art. 154 do CPC. "Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial".

Em segundo lugar, a permissão de sustentação oral conferida aos representantes judiciais da requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato (art. 10, § 2º, Lei Federal n. 9.868/99) não pode servir como argumento de que, *ipso facto*, fica proibida a manifestação oral deste especial auxiliar do juízo. Não há qualquer nexo entre a permissão, para uns, e a proibição, para o outro. Parece que a sustentação oral é algo esdrúxulo, excepcional, que somente pode ser permitido em situações de absoluta necessidade. Estranho isso; notadamente quando se sabe que as decisões colegiadas normalmente dão ensejo a calorosos debates orais, cujas armas de convicção, certamente, não ficam restritas à palavra escrita, e cujo inteiro teor, quase sempre, não é reduzido a termo. Ora, é da própria natureza dos julgamentos colegiados o manejo da palavra falada.

Em terceiro lugar, também não se pode dizer que a concessão da palavra prejudicará a celeridade do julgamento. A propósito, Nelson Nery Jr.:

> "De outra parte é insignificante, para a duração do processo da ação direta, destinar o tempo de quinze minutos regimentais (RISTF 132 *caput*) à sustentação oral do *amicus curiae*. A permissão para esse interveniente apresentar sustentação oral colabora mais para o benefício do que para o custo".[209]

Se a sustentação oral serve ao esclarecimento dos magistrados;[210] se o julgamento colegiado caracteriza-se pelos debates orais; se a participação do *amicus curiae* no processo é um fator de aprimoramento da tutela jurisdicional,[211] pois atua como um auxiliar do juízo, não há nenhum sentido na proibição que esse auxílio se dê pela via da palavra falada.

O STF reviu o seu posicionamento anterior, permitindo a sustentação oral do *amicus curiae* (ADI 2675/PE, rel. Min. Carlos Velloso e ADI 2777/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 26 e 27.11.2003.).[212]

209. NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.* 6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 1.410.
210. Imperdível, porém, o ensaio/crônica de José Carlos Barbosa Moreira: "A sustentação oral das razões destina-se, obviamente, a influir nos votos, e sem dúvida é suscetível de fazê-lo: menos, em regra, quanto ao relator e, se houver, ao revisor, que se presume hajam examinado com atenção a causa e formado convencimento antes de virem para a sessão; mais, com referência aos juízes que não tiveram contacto direto com os autos. É evidente que muito vai depender das qualidades pessoais do profissional: há sustentações orais que praticamente determinam a sorte do pleito – nem sempre, registre-se, no sentido visado por quem as faz..." (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado". *Temas de direito processual – sexta série.* São Paulo: Saraiva, 1996, p. 167).
211. Bem o disse o Min. Milton Luiz Pereira: "No mais, o *amicus curiae* é voluntário partícipe na construção de assentamentos judiciais para o ideal de pretendida 'sociedade justa'..." *("Amicus curiae* – intervenção de terceiros". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2003, n. 109, p. 44).
212. Essa mudança de posicionamento gerou a Emenda Regimental n. 15/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 131 do RISTF: "§ 3º Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do artigo 132 deste Regimento."

13.5. A nova intervenção de terceiro na ação de alimentos (art. 1.698 do CC-2002)

O art. 1.698 trouxe inovação sem precedente no direito processual civil brasileiro: criou hipótese de intervenção de terceiro. Ei-lo: "Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide".

A análise deste novo instituto parte de algumas premissas – a despeito do acerto ou desacerto da conclusão, pretende-se que ela seja coerente com os fundamentos que passam a ser desenvolvidos: a) trata-se de instituto criado para ajudar o credor de dívida alimentar – autor, portanto, da ação de alimentos; b) é modalidade interventiva nova: não se deve tentar "enquadrá-la" em nenhuma das espécies de intervenção de terceiro até então existentes; c) é modalidade de intervenção coacta, pois o terceiro ingressa no processo por provocação de uma das partes; d) a obrigação alimentar não é solidária.

Cabem, inicialmente, algumas palavras sobre a ausência de solidariedade na obrigação alimentar.[213] Não é possível exigir-se o pagamento de toda a dívida alimentar de um dos devedores. Cada obrigado deve responder de acordo com as suas possibilidades, o que pode gerar uma participação desigual. Não há uma obrigação divisível entre os devedores, mas tantas obrigações quantas sejam as pessoas envolvidas. Cada quota constitui dívida distinta. Tanto é verdade que se um dos devedores cumpre a sua obrigação, nos limites da sua possibilidade, não pode voltar-se, regressivamente, contra os outros.[214] Há um concurso de direitos. "Dependendo da situação de fato, a pensão poderá ser igualmente repartida entre os devedores, ou mesmo poderá ser suportada exclusivamente por um deles; pois, se um deles se achar incapacitado financeiramente, será por certo exonerado do encargo".[215]

Expliquemos a situação imaginada pelo legislador. João, filho de José, não pode pretender alimentos em face deste, pois seu pai não se mostra capaz economicamente de cumprir o dever. Dispõe o art. 1.698, baseado no art. 1.697, que, nessas situações, serão chamados a responder os parentes de grau imediato, no caso, os avôs e avós; não existindo eles, os descendentes; se não houver, os irmãos. Até aí, nada demais: nenhuma inovação de relevo foi criada, pois já se dizia isso no art. 398 do CC-1916; esclarece-se, tão-somente, que os devedores subsidiários concorreram ao pagamento da dívida alimentar na proporção dos seus respectivos recursos. A novidade está na terceira e última parte do art. 1.698: intentada a ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar

213. A divergência era grande sobre o tema. No entanto, segundo Yussef Said Cahali, atualmente já se firmou na doutrina esta conclusão (*Dos alimentos*. 3 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 152). É muito proveitosa a consulta desta obra, que traz amplas referências doutrinárias nacionais e estrangeiras.
214. Todas estas informações foram tiradas de CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 152-161.
215. CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 160.

o processo. Observe que o art. 1.698 somente menciona os alimentos devidos entre parentes, não cuidando dos alimentos entre cônjuges e companheiros (art. 1.694 do CC-2002).[216]

Eis a intervenção de terceiro ou terceiros de que cuida o art. 1.698 do CC-2002.

É necessário, então, responder às seguintes perguntas: a) quem provoca a intervenção?; b) há ampliação objetiva do processo, com a inclusão de nova demanda em face destes devedores agora chamados?; c) qual a situação jurídica processual deste chamado?; d) até que momento é possível chamar-se este(s) terceiro(s)?

Inicialmente, cumpre afastar qualquer semelhança entre esta intervenção de terceiro e a denunciação da lide ou chamamento ao processo. Se não há possibilidade de direito de regresso, não se pode falar nem de denunciação da lide, que o tem como pressuposto fundamental, nem de chamamento ao processo. Se não há solidariedade, também por isso a alusão ao chamamento não se justifica.[217]

O ingresso do terceiro, no particular, não traz qualquer benefício ao réu – suposto devedor. Se ele é parente e tem condições de pagar, o magistrado fixará o valor da sua parcela de contribuição. Se houver outro devedor na mesma classe que também possua condições de arcar com a pensão (outro avô, p. ex.), esta circunstância será trazida como argumento de defesa e certamente será levada em consideração pelo magistrado no momento de fixar o valor devido pelo demandado. Caberá ao autor, na réplica, demonstrar que este outro devedor-comum não tem condições de pagar – exatamente por isso, a demanda fora dirigida apenas contra um dos devedores. Mas, e isso é fundamental, o devedor-réu somente pagará aquilo que ele puder. Se a pensão, a final definida, for insuficiente, poderá o credor-autor promover outra ação de alimentos em face, agora, daquele devedor-comum-terceiro.[218]

Aqui se visualiza a importância do art. 1.698 do CC-2002. Ao que parece, este ar-tigo autoriza a formação de um litisconsórcio passivo facultativo ulterior simples, por provocação do *autor*. O autor, que originariamente optou por não demandar contra determinado devedor-comum, após a manifestação do réu, ou, a despeito dela, em razão de fato superveniente, percebe a possibilidade/utilidade de trazer ao processo o outro devedor-comum, para que o magistrado também certifique a sua pretensão contra ele, tudo isso em uma mesma relação jurídica processual. Mas este chamamento é feito

216. CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*, p. 167.
217. Em sentido contrário, entendendo ser o caso de chamamento ao processo, ainda que um tanto diferenciado, BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 284-292; THEODORO Jr., Humberto. "O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual". *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (org.). Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2006, p. 139-141.
218. "Em condições tais, se o alimentário exerce o seu direito apenas contra uma dentre as várias pessoas obrigadas a prestar alimentos, arrisca-se, tal como no direito atual, a ver reconhecido o seu direito apenas em parte, na proporção dos recursos do demandado; sem que seja necessário, nesse caso, demonstrar-se que os demais obrigados estariam ou não em condições de concorrer igualmente para a prestação alimentar". (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*, p. 169).

pelo *autor*, até porque se trata de formulação de um novo pedido em face deste novo réu – cumulação objetiva e subjetiva ulterior. Dispensa-se a concordância do réu-originário (art. 264 do CPC-73), tendo em vista que a inovação objetiva não lhe diz respeito. É hipótese de intervenção litisconsorcial (litisconsórcio ulterior) provocada. A novidade é que, pelo regime do CPC-73 essa intervenção não seria possível – já que se impõe a estabilização subjetiva do processo após a citação (art. 264) e não se prevê hipótese de intervenção de terceiro que sirva a esses propósitos. É inovação alvissareira.[219]

> Note que o art. 1.698 afirma que os demais devedores poderão ser chamados, não dizendo quem providenciará este chamamento. A utilização do verbo "chamar" certamente leva os doutrinadores a relacionar este instituto com o chamamento ao processo, que é intervenção de terceiro provocada pelo réu. É exatamente isso o que queremos evitar. Não temos dúvida em afirmar que este é o ponto-chave para a compreensão deste art. 1.698.

É razoável conferir ao Ministério Público, quando intervier na ação de alimentos (art. 82, I, CPC-73), a legitimidade para requerer a inclusão deste terceiro no pólo passivo da demanda, tendo em vista a sua condição de assistente diferenciado.

Não se poderia imaginar que o réu (devedor comum inicialmente citado) pudesse trazer ao processo um terceiro em face de quem o *autor*, e não ele, deveria propor a demanda. É situação, no mínimo, esdrúxula: o réu seria substituto processual do autor, aditando a petição inicial, mesmo contra a sua vontade.[220] E se o autor, realmente, não quiser demandar contra este devedor-comum? Seria obrigado a isso? Como se disse, esta norma veio ajudar o credor da pensão alimentar, e não prejudicá-lo ou criar-lhe embaraços.

Em razão da necessidade de estabilização objetiva e subjetiva do processo, esta intervenção somente poderia ocorrer até o saneamento do processo – como de regra ocorre com as modalidades de intervenção de terceiro. Discorda-se, no particular, de Yussef Said Cahali, que defende que esta intervenção de terceiro se opera por provocação do réu. O próprio jurista, entretanto, afirma que seria uma intervenção em benefício do autor, "a fim de possibilitar a este exigir conjuntamente de todas as pessoas obrigadas a prestar alimentos o cumprimento da totalidade do encargo, concorrendo qual na proporção dos respectivos recursos".[221]

219. Adotaram o nosso posicionamento, expressamente, GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2005, v. 6, p 455-456; GODINHO, Robson Renault. *O Ministério Público como substituto processual no processo civil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 49, nota 54; SILVA, Nelson Finotti. "A intervenção de terceiros sob a luz do art. 1.698 do Novo CC e o Estatuto do Idoso". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2005, n. 119, p. 292; CARVALHO Jr., Pedro Lino. "Da solidariedade da obrigação alimentar em favor do idoso". *Leituras complementares de Direito Civil.* Cristiano Chaves de Farias (coord.). Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2007, p. 293.

220. Cassio Scarpinella Bueno, não obstante defenda que se trata de chamamento ao processo, também visualizou este fenômeno: "Em última análise – embora por iniciativa do réu – serão introduzidas no processo (que mantém-se uno) outras relações de direito material (ampliação objetiva da demanda), cada uma entre o alimentando e um coobrigado, provável alimentante, que poderão, redundar, em um leque maior de 'opção' de efetivação da sentença em seu favor". (*Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 286).

221. CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*, p. 171. Pontes de Miranda seguiu trilha parecida: "O réu pode pedir a citação dos outros devedores, ou deixar que a ação prossiga, ficando a ação de reembolso contra os outros, se for o caso"; sucede que ele próprio afirma: "Se há dois ou mais devedores do mesmo grau, podem ser demandados alguns ou todos, ou um só. (...) Cada obrigado pode exigir que se lhe determine a quota". (*Tratado de direito privado.* 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1983, t. 9, § 1.001, p. 221).

Nada impede, contudo, que o alimentando proponha de logo a demanda em face de todos os devedores-comuns que estejam no mesmo grau, em litisconsórcio facultativo simples – a sentença fixará a proporção com que cada um dos obrigados deverá concorrer. É possível, até mesmo, a propositura de demanda em face de devedores que estejam em graus diversos (mãe e avó, p. ex; arts. 1.696 e 1.697 do CC-2002), valendo-se o autor do instituto do *litisconsórcio facultativo eventual*.[222] Neste caso, na sentença o juiz verificará primeiro a existência da obrigação do obrigado principal; se não lhe for imputado o dever de pagar toda a obrigação alimentícia, o magistrado avançará e certificará a existência da obrigação em face do devedor subsidiário; se já lhe for imputado o dever de pagar toda a obrigação, ficará o juiz dispensado de examinar o pedido eventual de condenação do obrigado subsidiário, eis que se tornou desnecessário.

> Uma última observação se impõe.
>
> O Estatuto do Idoso (Lei Federal n. 10.741/2003) inovou no tratamento da obrigação alimentar, prevendo, no art. 12, a solidariedade da obrigação alimentar em favor de idoso. A regra é esdrúxula e foge à tradição de a obrigação alimentar ser devida nos limites da capacidade econômica do devedor. Acaso a regra seja interpretada literalmente (o que não nos parece correto),[223] é possível dizer que, na ação de alimentos cujo autor é idoso, admitem-se tanto a intervenção por provocação do demandante, ora comentada, como, também, o chamamento ao processo, em razão do vínculo de solidariedade que une o devedor-demandado e outro co-devedor, em face de quem a demanda não foi inicialmente formulada.

14. QUADROS SINÓTICOS

MODALIDADE INTERVENTIVA	PALAVRAS-CHAVE
Assistência	Interesse jurídico
Chamamento ao processo	Solidariedade passiva
Denunciação da lide	Direito de regresso ou garantia
Nomeação à autoria	Correção de legitimidade passiva
Oposição	Pretensão autônoma e incompatível.

222. Aderiu a este posicionamento, GODINHO, Robson Renault. *O Ministério Público como substituto processual no processo civil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 50.

223. "Como a obrigação alimentar é intrinsecamente incompatível com a solidariedade, já que cada devedor só responde na medida de sua possibilidade, tanto assim que não há direito de regresso entre cooobrigados, a previsão do Estatuto do Idoso só pode significar a possibilidade de a ação ser ajuizada simultaneamente contra todos os coobrigados, garantindo maior êxito no recebimento de alimentos condizentes com sua necessidade". (GODINHO, Robson Renault. *O Ministério Público como substituto processual no processo civil,* cit., p. 50).

Modalidade interventiva	Relações de direito material	Relação entre o terceiro e o adversário do responsável pelo seu ingresso	Ampliação subjetiva	Ampliação objetiva do processo (nova pretensão formulada)
Nomeação à autoria	01	Sim (somente ele tem)	Não	Não
Denunciação da lide	02	Não	Sim	Sim
Chamamento ao processo	01	Sim (somente ele tem)	Sim	Não

CAPÍTULO XII

ALIENAÇÃO DA COISA OU DO DIREITO LITIGIOSO

Permite-se que, na pendência do processo, uma das partes aliene, a título particular, a coisa ou o direito litigioso (objeto da controvérsia) a um terceiro[1]. Essa alienação, negócio jurídico de direito material, é válida e eficaz em relação aos seus participantes. Esse capítulo é destinado a examinar quais são os reflexos deste negócio jurídico na relação jurídica processual, demonstrando de que modo o Direito Processual cuidou de harmonizar essa situação.

> À primeira vista, pode parecer estranha a permissão de transmissão de coisa ou de direito litigioso. Sucede que essa permissão possui vários fundamentos. Por exemplo, se não fosse possível negociar "direitos litigiosos", o tráfego jurídico ficaria sensivelmente engessado. Bastaria que alguém propusesse uma demanda para discutir a titularidade de determinada coisa para que ela saísse do comércio jurídico, por mais infundada que fosse a sua pretensão. Ademais, é preciso proteger os interesses do transmitente: "Apesar de o direito litigioso ou contestado ter um valor económico inferior a um outro, de conteúdo idêntico, mas não contestado judicialmente, nada obsta a que aquela situação jurídica seja transaccionada. Deste modo, pode existir um interesse legítimo e sério na transmissão de um direito litigioso. Ora, este interesse merece protecção, pelo que os ordenamentos processuais instituem, não uma proibição, mas uma permissão de transmissão, tutelando-se, deste modo, tanto o interesse do transmitente, como os interesses do tráfego jurídico"[2].
>
> Basta lembrar das diversas aquisições de instituições bancárias por outras de maior porte: ao "comprar" uma outra instituição financeira, o banco adquirente assume a titularidade de todos os direitos litigiosos e, do mesmo modo, das situações jurídicas passivas litigiosas ("débitos litigiosos"). É por isso que o banco adquirente assume a posição processual do banco "adquirido".

A litispendência é pressuposto para a ocorrência de uma alienação da coisa ou do direito litigioso. Consoante será visto no capítulo sobre a citação, a coisa/direito torna-se litigioso a partir da *litispendência* (existência do processo). Para o demandante, a litispendência se inicia com a propositura da ação (art. 263 do CPC). Para o réu, com a citação (art. 219 do CPC)[3]. Não é totalmente correto, portanto, dizer que é a citação que torna litigiosa a coisa; isso apenas vale para o réu.

Sucede que como se trata de transferência de coisa/direito litigioso, é possível que, terminado o processo, a parte adversária da alienante seja a vitoriosa. Embora, do ponto

1. Sobre as teorias acerca do conceito do direito litigioso, conferir o primoroso trabalho de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Alienação da coisa litigiosa*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 07-68.
2. SILVA, Paula Costa e. *A transmissão da coisa ou direito em litígio. Contributo para o estudo da substituição processual*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 93.
3. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 101-102.

de vista do direito material, o objeto tenha sido transferido, essa sucessão material se deu na pendência de um processo em que se discutia exatamente a titularidade do bem transferido.

É preciso, então, verificar em que medida esse negócio jurídico repercute no processo pendente.

Para compreender o fenômeno, é interessante trabalhar com um exemplo: "A" demanda contra "B", disputando a titularidade da coisa "X"; "B" aliena a "C", a título particular, a coisa litigiosa. "A" será chamado, a partir de agora, de *adversário;* "B", de *alienante/cedente*; "C", de *adquirente/cessionário.*

A primeira observação a ser feita é a seguinte: a alienação, embora válida e eficaz para as partes do negócio ("B" e "C"), é *ineficaz* em relação a "A". Assim, "a sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário" (§ 3º do art. 42 do CPC). Em razão disso, se "A" (*adversário*) for o vencedor do processo, poderá buscar a coisa/direito de "C". A coisa julgada, como se vê, repercute na esfera jurídica do *adquirente*, mesmo sendo ele um *terceiro* (excepciona-se, aqui, a regra do art. 472 do CPC, que restringe a eficácia subjetiva da coisa julgada às partes processuais).

> O fundamento da extensão da coisa julgada ao terceiro *adquirente/cessionário*, mesmo que não tenha intervindo no processo, é exatamente a *legitimação extraordinária* atribuída ao *alienante/cedente*. Como se viu no capítulo sobre a teoria da ação, a coisa julgada proveniente de um processo conduzido pelo *substituto processual* vincula o *substituído*.[4] Esse é mais um caso que corrobora essa regra.

Não se deve ignorar, porém, que a boa-fé do terceiro adquirente deva ser protegida, embora o § 3º do art. 42 não mencione o assunto. Mas, ao menos em relação à aquisição de *imóvel litigioso*, é preciso proteger a boa-fé do terceiro, se a pendência da "ação real imobiliária" não tiver sido averbada na matrícula do imóvel, como determina o art. 167, I, n. 21, da Lei 6.015/1973. Neste caso, não parece ser possível a extensão da coisa julgada ao terceiro, que, diante de um registro imobiliário em que não há a notícia da pendência da ação real, não pode ser surpreendido, sob pena de ignorarmos a necessária proteção da confiança no comércio jurídico[5]. O direito material, a quem cabe reger a hipótese,[6] parece exigir, para a incidência do § 3º do art. 42 do CPC, o conhecimento pelo terceiro adquirente da *litispendência.* Bem a propósito é a redação do n. 3 do art. 271º do CPC de Portugal: "3. A sentença produz efeitos em relação ao adquirente, ainda que este não intervenha no processo, excepto no caso de a acção estar sujeita a registo e o adquirente registar a transmissão antes de feito o registo da acção". Se, porém, a averbação

4. "Assim, a regra da vinculação do transmissário aos efeitos da sentença... permite atribuir coerência a uma situação processual verdadeiramente peculiar". (SILVA, Paula Costa e. *A transmissão da coisa ou direito em litígio. Contributo para o estudo da substituição processual.* Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 280).
5. Ponderando sobre o assunto, FERREIRA, William Santos. "Situação jurídica no processo do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros dos sucessores no caso de falecimento da parte diante do Novo Código Civil". *Leituras complementares de Processo civil.* 5ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 256-257.
6. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa.* 2ª. ed., cit., p. 249-250.

tiver sido feita, há presunção absoluta de que o terceiro adquirente tinha conhecimento da litigiosidade da coisa.

Note que, a partir da alienação, o *alienante/cedente* permanecerá no processo discutindo, em nome próprio, interesse *alheio*. A coisa ou o direito, agora, pertence ao *adquirente/cessionário.* Após a alienação da coisa ou do direito litigioso, a parte alienante passa a ser *legitimada extraordinária, substituta processual* do *adquirente/cessionário.* É um caso de *legitimação extraordinária/substituição processual superveniente.*[7]

O *caput* do art. 42 do CPC prescreve que "alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes".

É preciso compreender o texto corretamente: significa que, com a alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, o *alienante/cedente* permanece com *legitimidade ad causam*; não será, em razão da sucessão no direito litigioso, parte ilegítima. A espécie de *legitimação,* porém, *é outra*, pois, estando em juízo defendendo direito de terceiro, deixa de ser *legitimado ordinário* (discutindo em nome próprio direito próprio) e passa a ser *substituto processual* do *adquirente/cessionário.* Essa transformação do tipo de legitimidade do *alienante/cedente* é o primeiro efeito processual da alienação da coisa ou do direito litigioso. Não é correto, portanto, dizer que essa alienação é *ineficaz* para o processo, porquanto, como se vê, ela repercute juridicamente na relação processual, alterando a *situação jurídica* do *alienante/cedente.*

É possível, no entanto, que a *sucessão no direito litigioso* implique, também, uma *sucessão processual.*

O *adquirente/cessionário* pode *suceder* o *alienante/cedente.* "C" pode assumir a posição processual de "B", tornando-se, no exemplo sugerido, *réu.* Nesse caso, "B" sairia do processo. É ônus de "C" formular esse pedido de sucessão (por analogia, aplica-se o art. 51 do CPC), que poderá ocorrer a qualquer tempo no processo.[8] Com a *sucessão,* o *adquirente/cessionário* assume o processo no estado em que se encontra, podendo aproveitar apenas as "oportunidades processuais em relação às quais não se tenha operado a preclusão, beneficiando-se, por outro lado, das que tenham sido exercidas pelo antecessor"[9].

Para que a *sucessão* ocorra, porém, é preciso que "A" consinta com a *sucessão processual.* Perceba que "A" (*adversário*) nada pode fazer em relação à sucessão no plano

7. Sobre o tema, amplamente, SILVA, Paula Costa e. *A transmissão da coisa ou direito em litígio. Contributo para o estudo da substituição processual.* Coimbra: Coimbra Editora, 1992, especialmente as p. 303-308. Ainda neste sentido, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa.* 2ª. ed., cit., p. 196-197; FERREIRA, William Santos. "Situação jurídica no processo do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros dos sucessores no caso de falecimento da parte diante do Novo Código Civil". *Leituras complementares de Processo civil.* 5ª ed. Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2007, p. 255; NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado.* 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 217.
8. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa.* 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 183.
9. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa.* 2ª. ed., cit., p. 204.

do direito material, mas, em relação ao processo, a alteração subjetiva somente acontece com a sua aceitação. É isso o que está disposto no § 1º do art. 42 do CPC: "O adquirente ou o cessionário não poderá ingressar em juízo, substituindo o alienante, ou o cedente, sem que o consinta a parte contrária"[10]. A recusa não pode ser imotivada; não se admite atuação processual sem interesse jurídico (art. 3º, CPC), que deve ser sempre avaliável pelo juiz[11]. O consentimento pode ser tácito, aplicando-se, no particular, a regra do art. 111 do Código Civil[12], se o caso envolver direitos disponíveis.

> "B" pode *optar* por ficar no processo na qualidade de *assistente simples* de "C", já que, por exemplo, no negócio jurídico por eles firmado, pode ter ficado estabelecido dever de "B" indenizar "C" em caso de derrota para "A"[13].
>
> Assim, para que haja a *sucessão processual*, é preciso o concurso de três vontades: do *adquirente/cessionário*, que pede a sucessão; do *alienante/cedente*, que prefere sair do processo; *do adversário*, que consente com a alteração subjetiva[14]. Note, então, que a sucessão processual decorrente da transmissão do direito litigioso por ato *inter vivos* é um negócio jurídico processual.

Se, porém, o *adversário* não permitir a *sucessão processual*, "C" (*adquirente/cessionário*) poderá intervir como assistente litisconsorcial de "B" (*alienante/cedente*), na forma do § 2º do art. 42 do CPC: "O adquirente ou o cessionário poderá, no entanto, intervir no processo, assistindo o alienante ou o cedente". Note que se trata de assistência *litisconsorcial*[15], pois "C" estará em juízo defendendo o *próprio interesse*[16], formando um litisconsórcio com o seu *substituto processual* (legitimado extraordinário). O *assistente*

10. Para que não se confunda a *sucessão processual* com a *substituição processual (legitimação extraordinária)*, convém que se leia, nesse parágrafo, "sucedendo o alienante", em vez de "substituindo o alienante".
11. "São justos motivos para a recusa de parte do adversário: a inexistência ou falsidade do ato de transmissão; o se tratar de direito intransmissível, segundo o direito material; o perigo de não ser possível obter do sucessor o reembolso das despesas processuais e o pagamento da verba honorária decorrente da sucumbência; ou de modo geral, se a substituição vem agravar, de alguma maneira, a posição da parte contrária" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa*. 2ª. ed., cit., p. 190.)
12. "Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa". Em sentido diverso, afirmando que, no caso, deve prevalecer, por analogia, o disposto no art. 299 do Código Civil, que, ao cuidar da *assunção da dívida*, exige consentimento expresso do *credor*, FERREIRA, William Santos. "Situação jurídica no processo do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros dos sucessores no caso de falecimento da parte diante do Novo Código Civil". *Leituras complementares de Processo civil*. 5ª ed. Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2007, p. 254-255.
13. Assim, também, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa*, 2ª., cit., p. 187.
14. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa*. 2ª. ed., cit., p. 188.
15. Assim, também, NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 217; FERREIRA, William Santos. "Situação jurídica no processo do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros dos sucessores no caso de falecimento da parte diante do Novo Código Civil". *Leituras complementares de Processo civil*. 5ª ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2007, p. 259.
16. "O adquirente ou cessionário do direito controvertido é o *titular* da relação jurídica controvertida, em um de seus pólos. O seu interesse na solução do conflito é, assim, direto, e a sentença proferida entre as partes originárias produzirá em relação a ele coisa julgada material (art. 42, § 3º, CPC); há eficácia direta e não reflexa da sentença... Após a alienação o que se discute no processo é a *sua* relação jurídica com a contraparte, porque o sucessor passa a ser o titular do direito litigioso". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa*. 2ª. ed., cit., p. 173).

litisconsorcial é *parte*[17]. Conforme apontado no capítulo sobre teoria da ação, o litisconsórcio que se forma entre *legitimado ordinário* ("C") e *legitimado extraordinário* ("B") é *unitário*, pois ambos discutem uma única relação jurídica (a titularidade da coisa/direito "X"), que terá solução uniforme para ambos (ou "X" é de "A" ou de "C"). Sucede que o *substituto processual*, embora litisconsorte, não pode dispor do direito material discutido, que não mais lhe pertence; não poderá, por exemplo, reconhecer a procedência do pedido, conduta determinante que somente pode ser praticada pelo *adquirente/cessionário*.

É preciso, ainda, fazer uma observação. A transmissão pode ser parcial. Se isso acontecer, o *alienante/cedente* pode permanecer no processo também na qualidade de legitimado ordinário, defendo o seu próprio interesse, que ainda remanesce[18].

Como se vê, a *alienação da coisa ou do direito litigioso* é um fato jurídico que pode gerar *substituição processual superveniente, assistência litisconsorcial, assistência simples, sucessão processual* e *eficácia da coisa julgada em relação a terceiro*. É, pois, instituto que somente pode ser bem compreendido se forem bem compreendidas as noções sobre legitimação extraordinária e intervenção de terceiros, vistas em capítulos anteriores.

17. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma que a intervenção do adquirente/cessionário dá-se na qualidade de parte e não de terceiro, por isso repele a idéia de que se trata de assistência litisconsorcial. O autor parte do pressuposto de que parte é quem pede ou contra quem se pede algo. Não é, como visto, o conceito de parte deste *Curso*. Assim, parece que a divergência entre a posição ora adotada e o pensamento do professor gaúcho é terminológica, pois, de todo modo, o adquirente/cessionário ingressará no processo, podendo exercer todos os poderes inerentes à qualidade de parte. (ver, a propósito, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa*. 2ª. ed., cit., p. 168-180).
18. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 181.

CAPÍTULO XIII

PETIÇÃO INICIAL

Sumário • 1. Petição inicial e demanda – 2. Requisitos – 3. Emenda da petição inicial – 4. Indeferimento da petição inicial: 4.1. Considerações gerais; 4.2. Hipóteses de indeferimento – 5. Pedido: 5.1. Conceito e divisão; 5.2. Requisitos; 5.3. Cumulação de pedidos: 5.3.1. Cumulação própria: simples ou sucessiva; 5.3.2. Cumulação imprópria: subsidiária ou alternativa; 5.3.3. Cumulação inicial e cumulação ulterior; 5.3.4. Requisitos para a cumulação; 5.4. Ampliação da demanda; 5.5. Redução da demanda; 5.6. Alteração objetiva da demanda; 5.7. Tipologia: 5.7.1. Pedido implícito e interpretação do pedido; 5.7.2. Pedido genérico; 5.7.3. Pedido alternativo; 5.7.4. Pedido cominatório; 5.7.5. Pedido relativo a obrigação indivisível.

1. PETIÇÃO INICIAL E DEMANDA

A relação entre petição inicial e demanda é a mesma que se estabelece entre a forma e o seu conteúdo. Do mesmo modo que o instrumento de um contrato não é o contrato, a petição inicial não é a demanda. A demanda é um ato jurídico que requer forma especial. A petição inicial é a forma da demanda, o seu instrumento;[1] a demanda é o conteúdo da petição inicial.

> Forma é o meio pelo qual a vontade se expressa, se exterioriza. Ao tempo em que serve para exteriorizar a vontade, a forma serve de prova para o ato jurídico. Para maior segurança, a lei às vezes impõe que determinados atos jurídicos se revistam de determinada forma. A demanda é um deles. O estudo dos requisitos da petição inicial, logo abaixo, não passa de estudo dos requisitos formais do ato jurídico demanda.

Como regra, no direito brasileiro, a demanda deve vir em forma escrita, admitindo-se, excepcionalmente, a demanda oral.

Como a demanda tem a função de bitolar a atividade jurisdicional, que não pode extrapolar os seus limites (decidindo além, aquém ou fora do que foi pedido), costuma-se dizer que a petição inicial é um projeto de sentença: contém aquilo que o demandante almeja ser o conteúdo da decisão que vier a acolher o seu pedido.

2. REQUISITOS

Vejamos um a um os requisitos formais da petição inicial, previstos nos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil.

I) Forma. A postulação inicial, como regra, deve ser escrita (manuscrita, datilografada ou impressa), datada e assinada. Admite-se postulação oral nos Juizados Especiais Cíveis (art. 14 da Lei Federal n. 9.099/99), pedido de concessão de medidas protetivas de urgência em favor da mulher que se afirma vítima de violência doméstica ou familiar

1. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 10; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, v. I, p. 314.

(art. 12, Lei 11.340/2006) e no procedimento especial da ação de alimentos (art. 3º, § 1º, Lei Federal n. 5.478/68). Há, ainda, em muitos casos, a possibilidade de apresentação da demanda eletronicamente, como tem acontecido, principalmente, perante os Juizados Especiais Federais virtuais.

II) Assinatura de quem possua capacidade postulatória. A petição inicial deve vir assinada por quem tenha capacidade postulatória, normalmente o advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, o defensor público e o membro do Ministério Público. Há, no entanto, como visto, algumas hipóteses em que o leigo tem capacidade postulatória: a) algumas previstas no Código de Processo Civil (art. 36): se não houver advogados na comarca ou, havendo, todos negarem patrocínio à causa; b) outras previstas na legislação extravagante: Lei de Alimentos (5.478/1968), art. 2º; *habeas corpus*; Juizados Especiais Cíveis, na primeira instância, em causas cujo valor não exceda a 20 (vinte) salários-mínimos[2]; pedido de concessão de medidas protetivas de urgência em favor da mulher que se afirma vítima de violência doméstica ou familiar (art. 27, Lei 11.340/2006).

A petição deve conter a indicação do endereço profissional do advogado (art. 39, I, do CPC) para envio de intimações (p. ex., reconvenção e oposição, cuja citação se opera na pessoa do advogado do reconvindo/oposto).

III) Indicação do juízo a que é dirigida a demanda: deve o autor, observando as regras de competência, indicar o juízo (singular ou colegiado) perante o qual formula a sua pretensão. O endereçamento far-se-á no cabeçalho da petição inicial. Devem ser observadas as designações corretas: a) comarca é unidade territorial da Justiça dos Estados; Seção Judiciária, da Justiça Federal; b) juiz Federal qualifica o magistrado da Justiça Federal, e Juiz de Direito, o da Justiça Estadual etc. Segue um exemplo de endereçamento: "Exmo. Sr. Juiz de Direito da Vara de Família da Comarca de Salvador, Estado Federado da Bahia".

IV) Qualificação das partes: deve o demandante qualificar as partes (ele próprio e o réu). Devem constar os nomes, prenomes, estado civil (o que inclui, por analogia, a declaração de união estável)[3], profissão, domicílio e residência do autor e do réu. O que

2. No III Encontro Nacional dos Coordenadores dos Juizados Especiais, decidiu-se que: "A assistência obrigatória prevista na LJE 9º tem lugar a partir da fase instrutória, não se aplicando para a formulação do pedido e a sessão de conciliação."
3. Se é certo que ainda não há um "estado civil de convivente", a situação daquele que vive em união estável não é a equivalente à do solteiro. Há quem defenda, com razão, a necessidade de criação de um novo estado civil: o de convivente: "Ora, se alguém vive em união estável, mas mantém o estado civil de solteiro, este dado não condiz com a sua realidade familiar, considerando que, na constância da união, pode ter adquirido patrimônio em conjunto com seu (sua) convivente. Se o art. 1.725 do CCB/2002 prevê que, na ausência de contrato escrito entre os companheiros, prevalece entre eles o regime da comunhão parcial de bens, fica bastante facilitada a incidência de fraudes na constância da relação. Assim, ficam à mercê do desejo fraudatório do convivente, situação à qual também não escapam os terceiros que com ele se relacionam. (...) Diante disso, é conveniente a atribuição de um estado civil à união estável, com a finalidade de conferir maior segurança às relações jurídicas estabelecidas, tendo como sujeitos desta relação pessoas que vivem em união estável". (PEREIRA, Rodrigo da Cunha, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. "A criação de um

se pretende, com tal requisito, é evitar o processamento de pessoas incertas, bem como verificar a incidência de algumas normas que têm por suposto fáctico algum desses qualificativos (p. ex.: litisconsórcio necessário de pessoas casadas, art. 10, § 1º, do CPC; domicílio necessário de funcionários públicos, art. 76 do CC-2002; exigência de caução às custas para os autores estrangeiros ou nacionais não residentes no país, art. 835 do CPC etc.). A análise sobre a concessão dos benefícios da justiça gratuita (Lei Federal n. 1.060/50) pauta-se, muita vez, nos dados que qualificam o litigante, como a sua profissão ou a atividade desenvolvida, quando se tratar de pessoa jurídica (as entidades filantrópicas, p. ex., têm recebido um tratamento jurisprudencial mais condescendente em relação à possibilidade de ser isentada do adiantamento das custas processuais).

> A Resolução n. 46 do Conselho Nacional de Justiça determina que "o cadastramento de partes nos processos deverá ser realizado, prioritariamente, pelo nome ou razão social constante do cadastro de pessoas físicas ou jurídicas perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil, mediante alimentação automática, observados os convênios e condições tecnológicas disponíveis" (art. 6º). Além disso, "na impossibilidade de cumprimento da previsão do caput, deverão ser cadastrados o nome ou razão social informada na petição inicial, vedado o uso de abreviaturas, e outros dados necessários à precisa identificação das partes (RG, título de eleitor, nome da mãe etc), sem prejuízo de posterior adequação à denominação constante do cadastro de pessoas físicas ou jurídicas perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil (CPF/CNPJ)" (art. 6º, par. ún.).

Quando ignorada uma destas circunstâncias, deve o autor declinar esse fato na petição inicial. É possível demanda contra pessoa incerta, quando se deve proceder a um esboço de identificação, bem como será requerida a citação editalícia (art. 231, I, do CPC).

> Há casos em que se torna inviável o cumprimento estrito da exigência formal de qualificação integral dos litigantes. A demanda possessória relacionada a uma ocupação de terra é um bom exemplo. Dada a existência de um número indeterminado, mas determinável, de pessoas no pólo passivo, caracterizado está o chamado "litisconsórcio passivo multitudinário". Justamente porque existe este número indeterminado de pessoas no pólo passivo, é tarefa difícil, senão impossível, exigir do demandante a perfeita identificação e qualificação de cada um dos réus, bem assim o conhecimento dos locais onde têm residência ou domicílio. Joel Dias Figueira Jr. manifestou-se sobre o problema: "A indicação dos sujeitos integrantes do pólo passivo da demanda, que, no caso, são os esbulhadores, deverá recair sobre todas aquelas pessoas suscetíveis de reconhecimento pelo meirinho quando do cumprimento do ato citatório, podendo ser através do nome, prenome ou alcunha, assim como, se conhecido o líder do movimento, esse deve ser identificado. (...) Nesses casos, resta ao possuidor esbulhado indicar na peça inaugural

novo estado civil no direito brasileiro para a união estável". *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões. Série Grandes Temas de Direito Privado.* Mario Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves (coord.). São Paulo: Método, 2005, v. 3, p. 268-269).

> apenas a qualificação fundada em elementos que viabilizem a comunicação do ato citatório aos líderes do movimento (quando viável tal identificação, bem como ressaltar a existência de um número indeterminado de pessoas ocupantes da área de terra invadida, a fim de que o meirinho possa citar também esses réus incertos e desconhecidos que, no momento da efetivação da ordem judicial, possam ser identificados e efetivamente citados)".[4] Por esta razão, fica mitigado o requisito exigido pelo Código de Processo Civil para a correção da petição inicial (art. 282, II, do CPC).[5]

Quando se trata de pessoa jurídica, é fundamental que a petição inicial venha acompanhada do estatuto social e da documentação que comprove a regularidade da representação – notadamente para que se averigúe se quem outorgou a procuração ao advogado, em nome da pessoa jurídica, poderia fazê-lo.

Se o autor for um nascituro, deverá ser identificado como "nascituro de fulana de tal" (nome da mãe).

V) O fato e o fundamento jurídico do pedido: como instrumento da demanda, a petição inicial deve revelá-la integralmente. Além do pedido e dos sujeitos, deve a petição inicial conter a exposição dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido, que formam a denominada causa de pedir. "Compõem a *causa petendi* o fato (causa remota) e o fundamento jurídico (causa próxima)".[6-7] A causa de pedir é o fato ou conjunto de fatos jurídicos (fato(s) da vida juridicizado(s) pela incidência da hipótese normativa) e a relação jurídica, efeito daquele fato jurídico, trazidos pelo demandante como fundamento do seu pedido.

> "Cada regra de direito enuncia algo sobre fatos (positivos ou negativos). Se os fatos, de que trata, se produzem, sobre eles incide a regra jurídica e irradia-se deles (feitos, com a incidência, jurídicos) a eficácia jurídica. Já aqui estão nitidamente distinguidos, apesar da confusão reinante na ciência européia: a eficácia da regra jurídica, que é a de incidir, eficácia 'legal' (da lei), eficácia nomológica (= da regra jurídica); e a eficácia jurídica, mera irradiação de efeitos dos fatos jurídicos.

4. FIGUEIRA Jr., Joel Dias. *Liminares nas ações possessórias*. 2 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 252.
5. "Portanto, o primeiro obstáculo a transpor diz respeito aos termos da inicial. Nesses casos de litisconsórcio passivo multitudinário, a circunstância de a peça inaugural não trazer em seu bojo a indicação de todas as pessoas que devem figurar no pólo passivo da demanda não pode obstar a necessária aptidão para encetar o prosseguimento do feito" (FIGUEIRA Jr., Joel Dias. *Liminares nas ações possessórias*. 2 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 251-252).
6. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 154. E prossegue o mesmo autor: "Inferida, da exposição da causa de pedir remota, a relação fático-jurídica existente entre as partes, a *causa petendi proxima* (ou geral) se consubstancia, por sua vez, no enquadramento da situação concreta, narrada *in statu assertionis*, à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo, e do qual decorre a juridicidade daquela, e, em imediata sequência, a materialização, no pedido, da conseqüência jurídica alvitrada pelo autor" (ob. cit., p. 155).
7. Cumpre observar que alguns autores invertem a ordem dos termos, considerando como "causa de pedir remota" o fundamento jurídico e como "causa de pedir próxima" o fato jurídico. Na verdade, o que importa é saber que a causa de pedir compõe-se de ambas as parcelas da equação.

> Seria erro dizer-se que é a regra jurídica que produz a eficácia jurídica; a eficácia jurídica provém da juridicização dos fatos (= incidência da regra jurídica sobre os fatos, tornando-os fatos jurídicos)".[8]

Deve, assim, o autor, em sua petição inicial, expor todo o quadro fático necessário à obtenção do efeito jurídico perseguido, bem como demonstrar como os fatos narrados autorizam a produção desse (deverá o autor demonstrar a incidência da hipótese normativa no suporte fático concreto).

Adotou o nosso CPC a chamada teoria da substancialização da causa de pedir, segundo a qual se exige do demandante indicar, na petição inicial, qual o fato jurídico e qual a relação jurídica dele decorrente. Não basta a indicação da relação jurídica, efeito do fato jurídico, sem que se indique qual o fato jurídico que lhe deu causa – teoria da individualização.[9] Com isso, a pluralidade de fatos jurídicos implicará a pluralidade de demandas – hipótese muito comum em ação rescisória, quando o demandante pede a rescisão do julgado com fundamento em mais de uma das hipóteses previstas no art. 485 do CPC.[10]

Por vezes, a causa de pedir é composta. Diz-se composta a causa de pedir "na hipótese em que corresponde a uma pluralidade de fatos individuadores de uma única pretensão".[11] Se um dos elementos do suporte fático não estiver presente na narrativa do autor *(in statu assertionis)* a causa de pedir não se completa e, portanto, a petição não pode ser admitida.

> Um exemplo pode ser interessante para o correto entendimento do tema. A causa de pedir na ação de responsabilidade civil subjetiva é composta. O substrato fático que autoriza a incidência do art. 186 do CC-2002 compõe-se de quatro elementos:[12] conduta, culpa, nexo de causalidade e dano. Só terá direito à indenização (responsabilidade civil; efeito jurídico) aquele que conseguir demonstrar a existência destes quatro requisitos (fato jurídico composto). A falta de um deles implica a impossibilidade de obter-se o efeito jurídico pretendido, pela insubsistência do fato tido por jurídico.[13] Não incidirá a norma pela falta de um dos elementos do suporte fático.

8. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado.* 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t. I, p. 17.
9. "A causa de pedir se completa, segundo a teoria em apreço, somente pela identificação, na inicial, da relação jurídica da que o autor extrai certa conseqüência jurídica". (ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações,* p. 136).
10. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória". *Temas de direito processual – quarta série.* São Paulo: Saraiva, 1989, p. 205-206.
11. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 156.
12. "...em geral, o suporte fáctico é constituído por vários fatos... Esses fatos, que são transportados para o mundo jurídico por força da incidência, constituem o fato jurídico" (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 54-55).
13. "...o fato jurídico há de ser considerado conceptualmente como unidade, embora possa ser constituído por vários fatos" (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 55).

Não se deve confundir fundamento jurídico (qualificação jurídica; enquadramento jurídico), com fundamentação legal, essa dispensável. O magistrado está limitado, na sua decisão, pelos fatos jurídicos e pelo pedido formulados – não o está, porém, ao dispositivo legal invocado pelo demandante, pois é sua a tarefa de verificar se houve a subsunção do fato à norma (ou seja, verificar se houve incidência).[14]

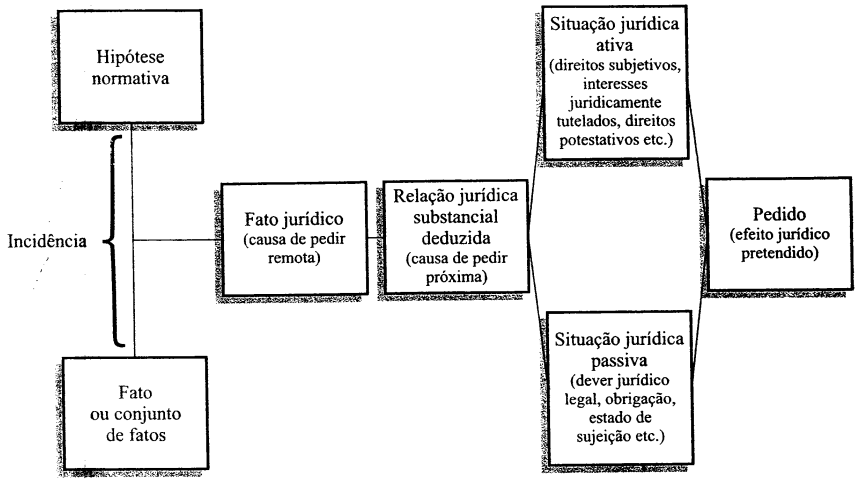
> "Importantes são os fatos que o juiz deve conhecer como narrados pelo autor, cumprindo-lhe proceder, mediante a atividade probatória processualmente admissível, à verificação dos mesmos, para tê-los ou não como verídicos.
>
> Importante é o pedido, que o juiz deve acolher ou rejeitar como foi ele formulado pelo autor, sem que se lhe permita ir além, ficar aquém ou fora do mesmo, ainda quando lhe seja permitido apenas deferi-lo parcialmente.
>
> A tipificação dos fatos pelo autor é irrelevante, pois se ele categorizou mal, do ponto de vista do direito, os fatos que narrou, pouco importa, pois o juiz conhece o direito e deve categorizá-los com acerto. E se os fatos, incorretamente categorizados, autorizam o pedido que foi feito, nenhum prejuízo pode decorrer para o autor do deslize técnico de seu advogado. Inversamente, se categorizou bem e pediu mal, em nada lhe aproveita ter sido exato na categorização dos fatos, pois que o juiz está adstrito ao pedido formulado, sem poder corrigi-lo de ofício".[15] José Roberto dos Santos Bedaque aponta a dificuldade prática de se distinguir fundamento legal de fundamento jurídico.[16]

Há quem divida a causa de pedir em ativa e passiva, sendo aquela o fato constitutivo do direito e essa o fato que impulsiona o interesse de agir. "Se o autor reclama a restituição de quantia emprestada, a *causa petendi* abrange o empréstimo, fato constitutivo do direito alegado (aspecto ativo), e o não pagamento da dívida no vencimento, fato lesivo do direito alegado (aspecto passivo)".[17] Observe-se que tanto a causa ativa como a causa passiva são englobadas pela chamada causa de pedir remota: o fato jurídico, que se divide nos aspectos passivo e ativo.[18]

Por fim, uma observação. Se a demanda introduz a afirmação da existência de (ao menos) uma relação jurídica substancial, é absolutamente fundamental que estejam presentes na petição inicial os elementos que compõem a relação jurídica: o fato jurídico, o objeto e os sujeitos. Não é outra a razão pela qual os elementos da demanda são a causa de pedir (fato jurídico), o pedido (objeto) e as partes (sujeitos). A causa de pedir decorre, portanto, do direito material[19] – aliás, como ocorre com os outros elementos da demanda.

14. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 159.
15. Ob. cit., p. 159-160.
16. *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 32.
17. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 15.
18. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 154.
19. "De qualquer forma, a causa de pedir, quer para os adeptos da teoria da individuação, quer para os defensores da substanciação, revela o nexo existente entre o direito material e o processo. (...) O que parece importante ressaltar é a impossibilidade absoluta de se ignorar o nexo entre direito e processo, na determinação da causa de pedir e do objeto do processo. A causa de pedir constitui o meio pelo qual o demandante introduz o seu direito subjetivo (substancial) no processo". (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório". *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.) São Paulo: RT, 2002, p. 30).
20. Fala-se de esquema mínimo, pois não se desconhece que, na aplicação do direito, há outras circunstâncias que exercem influência bastante significativa, tais como os aspectos políticos e axiológicos, que jamais podem ser olvidados.
21. Sobre as situações jurídicas subjetivas, ativa e passiva, recomenda-se a leitura de belo trabalho monográfico de André Fontes: *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 101-110.

Eis o esquema-mínimo[20] que sintetiza o fenômeno jurídico e que deve constar da petição inicial (normalmente, à situação jurídica ativa corresponde a posição do autor, à passiva, a do réu)[21]:



VI) O pedido: toda petição inicial deve conter ao menos um pedido. Trata-se de requisito elementar do instrumento da demanda, pois não se pode falar, no plano lógico, de petição sem pedido. Petição sem pedido é petição inepta, a ensejar o seu indeferimento. O exame do pedido será feito, com o cuidado que este requisito requer, em item próprio, linhas abaixo.

VII) Valor da causa: em toda petição inicial deve constar o valor da causa, cuja fixação seguirá os ditames dos arts. 258–260 do CPC. Não há causa sem valor, assim como não há causa de valor inestimável ou mínimo, expressões tão frequentes quanto equivocadas encontradas na praxe forense. O valor da causa deve ser certo e fixado em moeda corrente nacional.

Nesse sentido, cabe trazer o enunciado n. 261 da súmula do TFR: "No litisconsórcio ativo voluntário, determina-se o valor da causa, para efeito de alçada recursal, dividindo-se o valor global pelo número de litisconsortes".

VIII) A indicação dos meios de prova com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados: o autor deverá indicar quais os meios de prova de que se irá valer para comprovar as suas alegações. Tem pouca eficácia prática o dispositivo: a) o magistrado pode determinar *ex officio* a produção de provas (art. 130 do CPC); b) no momento próprio – fase de saneamento do processo – as partes são intimadas para indicar de quais os meios de prova se servirão.

IX) Requerimento para a citação do réu: deve o autor formular requerimento de citação do réu. Conforme prescreve a alínea "f" do art. 222 do CPC, poderá o autor escolher a forma de citação, quando não for proibida por lei (como nas hipóteses das alíneas "a" a "e" do art. 222, que vedam a citação postal) e submetendo-se à responsabilidade civil, em caso de opção temerária (como é o caso do art. 233 do CPC, que cuida da citação editalícia dolosa).

Cabe a lembrança de que permanece, no atual CPC, a possibilidade de *intervenção iussu iudicis*, que permite ao magistrado determinar ao autor que promova a citação de litisconsortes necessários, cuja citação não havia sido requerida (art. 47, par. ún. do CPC). Sobre a intervenção *iussu iudicis*, ver item sobre o tema no capítulo sobre litisconsórcio.

"A circunstância de não se ter requerido a citação não haverá de conduzir à nulidade do processo se aquela foi feita e atendida pelo réu, não se podendo colocar em dúvida que se postulava prestação jurisdicional" (STJ, 3ª T., REsp 32.171-6, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 28.02.1994, p. 2.886).

X) Documentos indispensáveis à propositura da demanda (art. 283, CPC): a petição inicial deve vir acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da causa.[22] Como regra, deve-se produzir a prova documental no momento da postulação (art. 396 do CPC). Consideram-se indispensáveis tanto os documentos que a lei expressamente exige para que a demanda seja proposta (título executivo, na execução; prova escrita, na ação monitória; certidão de casamento, na separação judicial etc.) – documentos substanciais, na classificação de Amaral Santos –, como também aqueles que se tornam indispensáveis porque o autor a eles se referiu na petição inicial, como fundamento do seu pedido ou pretensão – documentos fundamentais, na classificação de Amaral Santos.[23]

Cumpre, ainda, observar: a) é possível a produção ulterior de prova documental (como, p. ex., nas hipóteses do art. 397 do CPC); b) é que pode o autor, na própria petição inicial, solicitar a exibição de documento que, não obstante tenha sido alvo de sua referência na petição inicial, porventura esteja em poder do réu ou de terceiro (art. 355 e segs. do CPC).

22. Exemplo de documento indispensável à propositura de demanda se faz presente no Enunciado 11 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais – FONAJEF, evento datado de 21 de Outubro de 2005. Enunciado 11: "No ajuizamento de ações no JEF, a microempresa e a empresa de pequeno porte deverão comprovar essa condição mediante documentação hábil."
23. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil.* 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v.2, p.138.

O momento da produção da prova documental será estudado no volume 2 deste *Curso*, em capítulo específico.

3. EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL

Se a petição inicial estiver irregular, por lhe faltar algum dos seus requisitos, deve o magistrado intimar ao autor para corrigi-la, emendá-la. É o que prescreve o art. 284 do CPC, que autoriza o magistrado a determinar a emenda da petição inicial, no prazo de 10 dias, intimando-se o advogado do autor.

Há posicionamento do STJ no sentido de ser esse prazo prorrogável, a critério do juiz. (STJ, 4ª. T., Resp 102.398-PR, rel. Min. Barros Monteiro, DJU 02.12.1996; STJ, 3ª. T., Resp 118.141-PR, rel. Min. Menezes Direito, DJU 25.05.1998, p. 102).

"Não é lícito ao juiz estabelecer, para as petições iniciais, requisitos não previstos nos arts. 282 e 283 do CPC. Por isso, não lhe é permitido indeferir liminarmente o pedido, ao fundamento de que as cópias que o instruem carecem de autenticação. O documento ofertado pelo autor presume-se verdadeiro, se o demandado, na resposta, silencia quanto à autenticidade" (CPC, art. 372) (RSTJ 141/17).

Não cumprindo o autor a diligência que lhe fora ordenada, a petição inicial será indeferida (art. 295, VI, CPC). Permite-se, contudo, uma nova determinação de emenda, se a primeira correção não foi satisfatória.[24] Mesmo que efetuada a emenda após o prazo concedido, ainda assim não se justifica o indeferimento.[25] Sempre que o defeito for sanável deve o magistrado determinar a emenda; não lhe é permitido indeferir a inicial sem que conceda ao autor a possibilidade de correção.[26] Não são sanáveis, no entanto, p. ex., os defeitos relacionados às condições da ação e quando houver decadência ou prescrição. Trata-se de aplicação das regras do aproveitamento dos atos processuais e da instrumentalidade das formas (arts. 244 e 250 do CPC).

Nery Jr. e Rosa Nery afirmam que a possibilidade de emenda da petição inicial é direito subjetivo do autor, constituindo-se cerceamento do direito de defesa não se permitir a emenda quando essa for possível.[27]

"Ofende o art. 284 do CPC o acórdão que declara extinto o processo, por deficiência da petição inicial, sem dar ao autor oportunidade para suprir a falha". (STJ, 1ª. T., Resp 114.092-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 04.05.1998).

4. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL

4.1. Considerações gerais

O indeferimento da petição inicial é decisão judicial que obsta liminarmente o prosseguimento da causa, pois não se admite o processamento da demanda. Não se recomenda,

24. NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil*, nota 5 ao art. 284.
25. STJ, 6ª T., Resp 38.812-0-BA, rel. Min. Pedro Acioli, DJU 10.10.94, p. 27.191.
26. NERY Jr. e NERY, *Código de Processo Civil Comentado*, p. 641.
27. NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 641.

contudo, o indeferimento indiscriminado. A petição inicial somente deve ser indeferida se não houver possibilidade de correção do vício ou, se houver, tiver sido conferida oportunidade para que o autor a emende e este não tenha atendido satisfatoriamente à determinação.[28]

O indeferimento da petição inicial somente ocorre no início do processo: só há indeferimento liminar antes da ouvida do réu.[29] Após a citação, o juiz não mais poderá indeferir a petição inicial, de resto já admitida, devendo, se vier a acolher alguma alegação do réu, extinguir o feito por outro motivo.[30] A inépcia, por exemplo, pode ser reconhecida a qualquer tempo, mesmo após a contestação, mas não implicará indeferimento da petição, e, sim, extinção do processo sem análise do mérito (art. 267, IV, CPC).[31]

Essa é a característica que distingue o indeferimento da petição inicial das outras formas de extinção do processo. É o indeferimento (na hipótese de invalidade) uma hipótese especial de extinção do processo por falta de um "pressuposto processual". A petição inicial válida, como se sabe, é um requisito processual de validade, que, se não preenchido, implica extinção do processo sem exame do mérito. Se o defeito se revelar *prima facie*, é caso de indeferimento; se o magistrado tiver ouvido o réu para acolher a alegação de invalidade, não é mais o caso de indeferimento, mas sim de extinção com base no art. 267, IV, CPC. A distinção é importante, pois o regramento do art. 296 do CPC somente se aplica à decisão que indefira a petição inicial, bem como, sendo liminar a sentença, não se condenará o autor ao pagamento de honorários advocatícios em favor do réu ainda não citado.

As matérias que dão azo ao indeferimento da petição inicial são todas questões que não se submetem à preclusão, podendo ser conhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição. Com exceção da prescrição, todas são questões de ordem pública.[32] As causas de indeferimento são de duas ordens: a) indeferimento por defeito da petição inicial; b) indeferimento por improcedência *prima facie* do pedido.

Normalmente, relaciona-se o indeferimento da petição inicial com os casos de in-validade, má-formação, inépcia, defeito da petição inicial; por isso, diz-se que essa decisão judicial não analisa o mérito da causa, limitando-se a reconhecer a impossibilidade de sua apreciação. O CPC-73 contribui para isso, ao qualificar o indeferimento da petição inicial como hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, I).

28. Correia de Almeida Wambier e Talamini defendem muito bem a tese de que o indeferimento da petição inicial deve ser algo excepcional, somente existindo quando a tutela jurisdicional realmente ficar inviabilizada (*Curso Avançado de Processo Civil*, v. I, p. 300).
29. Não é por outra razão que Barbosa Moreira se refere ao indeferimento da inicial como sendo caso de despacho liminar negativo (embora, obviamente, estejamos diante de uma decisão). *O novo processo civil brasileiro*, p. 23.
30. NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor*, p. 647. Também neste sentido, FIGUEIRA Jr., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, v. IV, t. II, p. 162-163.
31. Admitindo a possibilidade de reconhecimento da inépcia após a contestação: STF, RT 636/188; STJ, 3ª, T., Resp 39.927-0-ES, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 17.10.1994, p. 27.892.
32. Cf. NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor*, p. 647.

> Talvez tenha sido esse o motivo pelo qual Calmon de Passos chega à seguinte conclusão: "A petição inicial, ato processual típico, pode, consequentemente, ser defeituosa. E se o defeito que apresenta é relevante, isto é, capaz de obstar o fim específico a que o ato se propõe ou de dificultar ou impedir o alcance dos fins de justiça a que o próprio processo, como fenômeno global, se lança, deve o defeito da petição inicial acarretar o seu indeferimento, vale dizer, a sanção de invalidade do ato, chamada de indeferimento, por seu caráter obstativo".[33]

Sucede que também é possível o indeferimento da petição inicial com julgamento do mérito. O magistrado, liminarmente, reconhece a improcedência do pedido e não admite sequer a citação do réu, ato que se revela desnecessário ante a macroscópica impertinência do pedido. É a chamada improcedência *prima facie*, que será objeto de análise em capítulo específico.

O indeferimento da petição inicial pode ocorrer tanto em juízo singular (o mais corriqueiro) como em tribunal. Na segunda hipótese, o indeferimento tanto pode advir de decisão monocrática do relator (o que normalmente acontece em causas de competência originária de tribunal)[34] como de acórdão.

O indeferimento ainda pode ser total ou parcial. Será parcial quando o magistrado apenas rejeitar parte da demanda (p. ex.: havendo cumulação de pedidos, o magistrado verifica a decadência/prescrição de um deles ou o considera juridicamente impossível). Isso é muito frequente nas hipóteses em que o objeto do processo é decomponível (sobre o tema ver capítulo sobre a teoria da cognição).

> Hipótese também frequente de indeferimento parcial da petição inicial se dá quando, havendo cumulação de pedidos, o magistrado é incompetente para conhecer e julgar um deles. Nesse caso, o magistrado indeferirá a cumulação, mas julgará o pedido de sua competência.[35] É nesse sentido o enunciado 170 da súmula da jurisprudência predominante do STJ, comentada no estudo da cumulação de pedidos.
>
> Cabe indeferimento parcial, como bem aponta Barbosa Moreira, quando a cumulação de pedidos foi em si mesma inviável, quando aos dois ou mais pedidos corresponder outros tantos procedimentos diversos, mas o autor ou não os reduz ao rito ordinário ou essa redução é impossível.[36] Deve o juiz determinar ao autor que corrija a inicial: adotando o procedimento correto, se for possível, ou optando por um dos pedidos cumulados.

33. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 213. Em outro trabalho, porém, Calmon de Passos distingue nulidade e inadmissibilidade (*Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 158).
34. O Supremo Tribunal Federal, em sessão administrativa de 25/03/04, acrescentou ao artigo 161 do seu Regimento Interno a possibilidade do ministro-relator de Reclamação julgá-la, quando a matéria em questão for objeto de jurisprudência consolidada na Corte, aplicando, por analogia, o disposto no art. 557 do CPC.
35. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 25.
36. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 25.

Não se pode dizer que toda decisão que indefere a petição inicial é uma sentença e, portanto, submetida ao recurso de apelação.[37]

Se o indeferimento for parcial, não haverá extinção do processo, não se podendo falar, pois, de sentença; se ocorreu em juízo singular, será uma decisão interlocutória; se ocorreu em tribunal, será uma decisão monocrática, se proferida por relator, ou um acórdão, se decisão colegiada.

O indeferimento total da petição inicial poderá ocorrer em tribunal (p. ex.: indeferimento da inicial de uma ação rescisória); assim, ou será uma decisão monocrática de relator ou um acórdão, jamais uma sentença.

Em resumo: o indeferimento pode ser uma decisão interlocutória, uma decisão monocrática de membro de tribunal, um acórdão e, também, uma sentença, só se configurando como tal se se tratar de indeferimento total da petição inicial feito por juízo singular.

Com base nisso, pode-se estabelecer o sistema recursal da decisão que indefere a petição inicial: a) se se tratar de um indeferimento parcial feito por juízo singular (decisão interlocutória), o recurso cabível é o agravo de instrumento ou recurso ordinário constitucional (art. 539, II, "b", CPC); b) se se tratar de indeferimento total feito por juízo singular, será apelação ou recurso ordinário constitucional (art. 539, II, "b", CPC);[38] c) contra indeferimento total ou parcial feito monocraticamente por membro de tribunal, caberá agravo interno (regimental, agravinho etc.); d) contra indeferimento total ou parcial feito por acórdão, caberão, conforme o caso, recurso ordinário constitucional, recurso especial ou recurso extraordinário.

O art. 296 do CPC afirma que, havendo apelação da sentença que indefere a petição inicial (com ou sem exame de mérito), poderá o juiz, no prazo de 48 horas (prazo impróprio, cujo desrespeito é anódino), rever a sua decisão e modificá-la, em juízo de retratação. A retratação pode ocorrer tanto nas hipóteses de indeferimento por invalidade como nas de indeferimento por improcedência *prima facie*. A conclusão é confirmada pela redação do § 1º do art. 285-A que, cuidando de hipótese de *improcedência prima facie*, permite o juízo de retratação do magistrado, havendo apelação do autor (sobre o tema, mais considerações no próximo capítulo).

A despeito da retratação, poderá o réu alegar em sua defesa o motivo que levara o magistrado à primeira decisão obstativa, não se podendo falar, aí, de preclusão.

Não ocorrendo a retratação, os autos serão encaminhados, imediatamente, ao Tribunal competente. Desnecessária a citação do réu para acompanhar a apelação. Somente após o eventual provimento do recurso é que, baixando os autos ao juízo de

37. Ver preciso trabalho de Adroaldo Furtado Fabrício: "Extinção 'imprópria' do processo e recurso cabível". *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 238.
38. Em caso de execução fiscal, nas hipóteses do art. 34 da Lei Federal n. 6.830/80, contra a sentença que indefere a petição inicial caberão os embargos infringentes de alçada, típicos destas demandas fiscais.

origem, haverá normal citação do demandado.[39] A garantia do contraditório não ficará arranhada, porque nada do que ficar julgado nessa fase processual será vinculativo ao demandado.[40-41] Poderá, contudo, o réu ingressar no feito, dando-se por citado e oferecendo as contra-razões da apelação.

Trata-se de norma excepcional, pois confere ao magistrado a possibilidade de mudar a sua decisão após ter encerrado o seu ofício jurisdicional com a prolação da sentença.[42]

> Perceba que essa possibilidade de retratação só é permitida à apelação e se houver apelação (*a fortiori* ao recurso ordinário constitucional na modalidade apelação: art. 539, II, "b", CPC), não podendo ser aplicada *ex officio*.[43] O magistrado somente pode alterar a sua decisão *ex officio* se constatar erro de cálculo ou erro material (art. 463, I, CPC).
>
> Esse artigo só se aplica ao indeferimento total da petição inicial em juízo singular. O agravo interno e o agravo de instrumento (cabíveis em certas hipóteses de indeferimento) permitem, também, o juízo de retratação.
>
> Do mesmo modo, é de observar-se que esse artigo somente incide quando houver verdadeiro indeferimento da petição inicial, que, conforme visto, deve ser liminar; nos demais casos, afirmam Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, "é vedado ao juiz proferir juízo de retratação, somente podendo alterar a sentença para corrigir erros materiais ou por meio de embargos de declaração.[44]

Por fim, cabe uma consideração: "indeferida a petição inicial, o que se pode dizer, isto sim, é que a formação e a extinção do processo foram teoricamente simultâneas,

39. Contra, entendendo que o réu deve ser citado para acompanhar a apelação, PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 239- 242.
40. Os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram, em 02.08.2004, dar interpretação conforme a Constituição para o parágrafo único do artigo 296 do CPC, afirmando a remessa dos autos ao tribunal, acaso o magistrado não se retrate, não significa o encerramento (preclusão) das discussões da matéria pelo réu. O Plenário esclareceu que, nesses casos, não se configura o trânsito em julgado (decisão final) e que o réu pode, ainda, apresentar argumentos no curso processual. O relator, ministro Marco Aurélio, concluiu pela inconstitucionalidade do artigo 296 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 8.952/94. Ele explicou que não seria cabível existir a possibilidade de o Tribunal julgar Recurso Extraordinário - já apresentado pelo Instituto – e reverter decisões já formalizadas, sem o conhecimento do interessado (o Instituto de Previdência gaúcho, no caso). No julgamento, no entanto, prevaleceu o voto da divergência, iniciada pelo ministro Cezar Peluso. O ministro sugeriu ao Plenário dar interpretação conforme a Constituição para explicitar que, na hipótese do parágrafo único do artigo 296 do CPC, não há coisa julgada e não preclui a matéria objeto da decisão que indeferiu a petição inicial, e que depois poderia ser reformada. Peluso afirmou que a mudança ocorrida nesse artigo, em 1994, simplificou o sistema recursal, abrangendo a maioria dos casos, ao permitir que petição inicial possa ser indeferida sem a participação do réu. "O que o sistema está dizendo é que o réu pode trazer argumentos que até a Suprema Corte não conhecia", disse o ministro. Ele esclareceu que fica garantida a oportunidade de o réu apresentar seus argumentos posteriormente. A decisão foi acompanhada pela maioria do Plenário, vencidos os ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. (fonte: STF – Últimas notícias, de 02.08.2004).
41. NERY Jr., Nelon e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 650.
42. Correta a observação de Nery Jr. e Nery, quando afirmam ser o art. 296 uma exceção ao art. 463 do CPC (*Código de Processo Civil Comentado*, p. 649).
43. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis*. 2 ed. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2001, p. 233.
44. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 650.

existindo a relação processual ao modo do que, em termos espaciais, ocorre com o ponto geométrico, que não ocupa lugar no espaço".[45]

4.2. Hipóteses de indeferimento

a) Inépcia

A inépcia (ou inaptidão) da petição inicial gira em torno de defeitos vinculados à causa de pedir e ao pedido; são defeitos que não apenas dificultam, mas impedem o julgamento do mérito da causa.[46]

Conforme visto, a petição inicial é o veículo da demanda, que se compõe do pedido, da causa de pedir (elementos objetivos) e dos sujeitos (elemento subjetivo). A inépcia diz respeito a vícios na identificação/formulação dos elementos objetivos da demanda.

Costuma-se alcunhar de inepta toda petição inicial que é indeferida, como se a inépcia fosse a única hipótese de indeferimento. Está errado. Há indeferimento que não ocorre em razão da inépcia, como nos casos do reconhecimento da prescrição/decadência e da carência de ação. A inépcia leva ao indeferimento da petição inicial, mas nem todo indeferimento a tem por fundamento.

O parágrafo único do art. 295 do CPC traz as hipóteses de inépcia.

I) Ausência de pedido ou de causa de pedir. Sem pedido ou causa de pedir, será impossível ao magistrado saber os limites da demanda e, por conseqüência, os limites da sua atuação. É o caso de inépcia mais flagrante. Considera-se que a formulação obscura (ininteligível) da causa de pedir ou do pedido também implica inépcia.[47]

II e III) Quando da narração dos fatos não decorrer logicamente o pedido ou quando o pedido for juridicamente impossível. Esses dois incisos do par. ún. do art. 295 do.CPC, embora com textos diferentes, referem-se a um mesmo fenômeno: o da impossibilidade de atendimento do pedido formulado, quer porque abstratamente impossível, quer porque se constitua efeito jurídico que não se pode retirar do fato jurídico narrado (causa de pedir aduzida na petição inicial). Conforme pensamos, trata-se de hipóteses de improcedência *prima facie*, extinção liminar do processo com julgamento do mérito. No entanto, o Código de Processo as coloca como causas de extinção do processo sem julgamento do mérito. Sobre a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, ver capítulo sobre a admissibilidade da causa.

45. "Extinção do Processo e Mérito da Causa". *Ensaios de direito processual.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 370.
46. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 213.
47. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 214; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 160. Conferir, a propósito, o art. 193, 2, "a", do Código de Processo Civil de Português.

> Perfeita a síntese de Calmon de Passos, que evidencia o mau trato da matéria pelo Código de Processo: "Vê-se, portanto, que o juiz recusa atribuir o bem da vida ao autor, segundo por ele postulado, quando: a) os fatos provados desautorizam essa atribuição; b) os fatos narrados de logo desautorizam essa atribuição; c) nenhum fato, narrado ou provado, seria capaz de autorizar essa atribuição, porque vetada ou não prevista, em abstrato, pelo ordenamento. Chama-se o primeiro caso de improcedência. Denomina-se o segundo de inépcia. Ao terceiro, reserva-se o nome de carência da ação, por impossibilidade jurídica. Três aspectos de uma só verdade – a improcedência. Ora *prima facie* (hipóteses *b* e *c*), ora dependente de verificação probatória (hipótese *a*)".[48]

IV) A cumulação de pedidos incompatíveis entre si também é hipótese de inépcia – trata-se de uma "petição suicida", pois um pedido aniquila o outro. A compatibilidade dos pedidos é requisito para que se os possa cumular (v. item abaixo sobre os requisitos da cumulação de pedidos). Deparando-se com uma petição inicial nesta situação, deve o magistrado determinar que o autor a corrija, escolhendo um dos pedidos ou trocando um deles por outro, desta feita compatível. Não pode o juiz indeferir a petição inicial nestas hipóteses sem dar ensejo à correção pelo autor.[49]

A Lei Federal n. 10.931/2004 trouxe nova hipótese de inépcia, bastante específica: "Art. 50. Nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso, sob pena de inépcia". Não basta que o demandante, nestes casos, formule o pedido de revisão da dívida, de forma genérica: terá o ônus de dizer, já na petição inicial, qual é o valor que reputa correto e que deseja pagar.

b) Carência de ação

A ausência de qualquer condição da ação autoriza o magistrado a indeferir a petição inicial. A impossibilidade jurídica do pedido é hipótese de inépcia, como foi visto. A ilegitimidade *ad causam* e a falta de interesse processual também levam ao indeferimento (art. 295, II e III, do CPC). Cumpre lembrar, ainda, que, após a contestação, o acolhimento da alegação de carência de ação não implicará indeferimento da petição inicial (art. 267, I, do CPC), mas extinção do processo com base no inciso VI do art. 267 do Código.

c) Verificação da prescrição ou da decadência

O indeferimento da petição inicial, pelo reconhecimento da prescrição ou de decadência legal, já foi objeto de análise, quando foi examinada a improcedência *prima facie*. Trata-se, como visto, de modalidade especial de indeferimento da petição inicial, pois o

48. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. III, p. 217.
49. Corretamente, Figueira Jr., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2001, v. 4, t.2, p. 185.

magistrado não apenas obsta o prosseguimento do processo, como de logo repele o pleito formulado, extinguindo o processo com análise de mérito (art. 269, IV, CPC).[50] Sobre a extinção do processo por decadência ou prescrição, ver análise em capítulo adiante sobre a improcedência *prima facie*.

d) Erro de procedimento

Também é hipótese que autoriza o indeferimento da petição inicial a escolha equivocada do procedimento, por não corresponder à natureza ou ao valor da causa. A petição somente não será indeferida, afirma o legislador, se puder ser adaptada ao tipo de procedimento legal (art. 295, V, do CPC).

Sinceramente, não vemos situação de erro de procedimento que não possa ser corrigida pelo magistrado. O art. 250 do CPC afirma que o erro de forma somente acarreta a anulação dos atos que não possam ser aproveitados. Os erros de forma são sempre sanáveis. Como se está ainda na fase de admissibilidade da petição inicial, quando nem sequer foi citado o réu, nada impede que se tomem providências para adaptar a petição inicial ao procedimento correto. Essa conclusão é válida mesmo para a conversão do procedimento para um pertencente a outro gênero de processo: p. ex., conversão de procedimento executivo para o procedimento monitório; não vemos nenhum obstáculo a que se proceda, em homenagem à economia processual, a este tipo de aproveitamento dos atos processuais.[51]

Observado o equívoco do autor, deve o magistrado tomar as providências de correção da rota. Por exemplo: se for caso de rito sumário, mas o autor escolheu o ordinário, em vez de mandar citar o réu para apresentar defesa, se quiser, em quinze dias, deverá o magistrado determinar a sua citação para comparecer pessoalmente à audiência de conciliação obrigatória, tudo na forma do art. 277 do CPC.

e) Outras hipóteses

Afirma-se, por fim, que a petição inicial será indeferida quando não atendidas as prescrições dos arts. 39, par. ún., e 284, ambos do CPC (art. 295, VI, CPC). Esses artigos determinam a correção de determinados vícios da petição inicial: a) o art. 39 determina que se indique, na petição inicial, o endereço em que receberá as intimações, sob pena de indeferimento da petição inicial, se não for suprida a omissão no prazo de 48 (quarenta e oito horas); b) o art. 284 é regra geral que autoriza o magistrado a determinar a emenda da petição inicial, para a correção de vícios sanáveis, no prazo de 10 (dez) dias, também sob pena de indeferimento.

50. Só haverá extinção do processo se o indeferimento for total.
51. Em sentido contrário, para quem não é possível a conversão de ação de execução em monitória ou vice-versa, FIGUEIRA JR., José Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2001, v. 4, t.2, p. 177.

5. PEDIDO

5.1. Conceito e divisão

O pedido é o núcleo da petição inicial; a providência que se pede ao Poder Judiciário; a pretensão material deduzida em juízo (e que, portanto, vira pretensão processual);[52] a conseqüência jurídica (eficácia) que se pretende ver implementada através da atividade jurisdicional. É, como dito alhures, o efeito jurídico do fato jurídico posto como causa de pedir.

> "O *petitum* é o que se pede, não o fundamento ou a razão de pedir, a *causa petendi*. É o objeto imediato e mediato da demanda. Aí está o motivo da discórdia, que o juiz vai desfazer, declarando quem está com a verdade".[53]

Como um dos elementos objetivos da demanda (junto com a causa de pedir), adquire o pedido importância fundamental na atividade processual. Em primeiro lugar, o pedido bitola a prestação jurisdicional, que não poderá ser *extra, ultra ou infra/citra petita*, conforme prescreve o princípio da congruência (arts. 128 e 460 do CPC). Serve o pedido também como elemento de identificação da demanda, para fins de verificação da ocorrência de conexão, litispendência ou coisa julgada. O pedido é, finalmente, o parâmetro para a fixação do valor da causa (art. 259 do CPC).[54]

É possível distinguir, no pedido, um objeto imediato e um objeto mediato.[55] Pedido imediato seria a providência jurisdicional que se pretende: a condenação, a expedição de ordem, a constituição de nova situação jurídica, a tomada de providências executivas, a declaração etc. O pedido mediato é o bem da vida, o resultado prático, que o demandante espera conseguir com a tomada daquela providência. Essa distinção tem algum relevo.

O pedido imediato será sempre determinado; já o mediato pode ser relativamente indeterminado (pedido genérico – art. 286 e incisos do CPC).

Em relação ao pedido mediato, aplica-se o princípio da congruência, que, de resto, decorre da garantia constitucional do contraditório; o magistrado não pode alterar o bem da vida pretendido pelo demandante. Essa é a regra.

> A questão, entretanto, não é tão simples. À luz do art. 461 do CPC, há quem defenda que "o juiz está autorizado, desde que respeitados os limites da obrigação originária, a impor o fazer ou o não fazer mais adequado à situação concreta que lhe é apresentada para julgamento".[56]

52. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, p. 153-154.
53. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, IV/34.
54. MOREIRA, José Carlos Barbosa, *O novo processo civil brasileiro*, p. 10-11.
55. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 10. A doutrina de um modo geral adota essa divisão, sendo ociosa a menção a outros doutrinadores.
56. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória.* São Paulo: RT, 1998, p. 120.

> Também é mitigada a regra da congruência no processo cautelar, em razão do art. 805 do CPC, que admite a fungibilidade das medidas cautelares,[57] e no art. 920 do CPC, que cuida da fungibilidade nas demandas possessórias.

No que diz respeito ao pedido imediato – providência jurisdicional –, deve ser temperada a exigência, por força dos arts. 84, CDC, e 461, CPC, que autorizam o magistrado a tomar providências de ofício, de modo a alcançar com mais facilidade e eficiência o resultado prático almejado. O magistrado pode, p. ex., verificando que a providência mandamental requerida não é mais adequada, tomar providências executivas para a obtenção do bem da vida pretendido. A doutrina, de um modo geral, reconhece nesses dispositivos uma mitigação da regra da congruência.[58]

5.2. Requisitos

O pedido há de ser certo *e* determinado, e não certo *ou* determinado como diz o texto do art. 286 do CPC.[59]

Pedido certo é pedido expresso.[60] Como será examinado adiante, não se admite, como regra, o pedido implícito nem se permite interpretação extensiva do pedido. "Não se admite, a teor da melhor técnica, pedido obscuro, dúbio e vago, substituído, parcial ou integralmente, através de expressões elípticas, por exemplo, condenar o réu 'no que couber' ou, ainda, 'no que reputar justo', e outras, infelizmente comuns".[61] Tanto o pedido mediato quanto o pedido imediato devem ser certos.

Pedido determinado é aquele delimitado em relação à qualidade e à quantidade. Pedido determinado se contrapõe ao pedido genérico, logo abaixo examinado.

O pedido precisa ser claro, inteligível. Pedido que tenha sido formulado de maneira pouco clara implica inépcia da petição inicial (art. 295, par. ún., I, CPC, consoante já examinado).

O pedido há, também, de ser concludente, ou seja, deve ser conseqüência jurídica prevista para a causa de pedir aduzida.[62] Pedido que não decorre da causa de pedir implica inépcia da petição inicial (art. 295, par. ún., II).[63]

57. Sobre a vinculação do juiz ao pedido no processo cautelar e a mitigação da regra da congruência, ver, por todos, GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar.* São Paulo: Malheiros, 1997, p. 33-43.
58. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória.* São Paulo: RT, 1998, p. 119-121; DINAMARCO, Cândido Rangel. "Os gêneros do processo e o objeto da causa". *Revista de Direito Processual Civil.* Curitiba: Gênesis, 1996, v. 2, p. 327; WATANABE, Kazuo. "Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)". *Reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 1996, p. 43.
59. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 171.
60. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil,* IV/35.
61. Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 234.
62. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil,* IV/36.
63. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, p. 236; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil,* v. 2, p. 149.
64. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, p. 254.
65. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, II/168.

Na falta de um desses requisitos, deve o magistrado, antes de indeferir a petição inicial, determinar a sua correção (art. 284).

Note que os requisitos do pedido (certeza, determinação, clareza e coerência) são os mesmos requisitos da sentença (cf. v. 2 deste *Curso*). Se o pedido é um projeto de sentença, nada mais razoável do que exigir dessa os mesmos requisitos exigidos daquele.

5.3. Cumulação de pedidos

5.3.1. Cumulação própria: simples ou sucessiva

Há cumulação própria de pedidos quando se formulam vários pedidos, pretendendo-se o acolhimento simultâneo de todos eles. Em uma mesma relação jurídica processual, vários pedidos são veiculados, tornando composto o objeto do processo – o que, por tabela, implicará que a decisão judicial seja proferida em capítulos. "O traço comum das ações cumuladas consiste na aptidão de cada ação de se incluir como objeto de uma relação processual independente. O autor as formula no mesmo processo por razões de economia.[64] O Código de Processo Civil expressamente autoriza o cúmulo de pedidos no art. 292.

Duas são as espécies de cumulação própria de pedidos: a) simples; b) sucessiva.

Ocorre a cumulação simples quando as pretensões não têm entre si relação de precedência lógica (pedido prejudicial ou preliminar), podendo ser analisadas uma independentemente da outra. Não há necessidade de exame prévio de um dos pedidos, que são autônomos: podem ser acolhidos, total ou parcialmente, ou rejeitados, sem que se perquira o resultado do julgamento do outro.

> Oportuna a transcrição do enunciado 37 da súmula da jurisprudência do STJ: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato".

Dá-se a cumulação sucessiva quando os exames dos pedidos guardam entre si um vínculo de precedência lógica: o acolhimento de um pedido pressupõe o acolhimento do anterior. Veja que aqui, diferentemente do que ocorre na cumulação subsidiária, o segundo pedido só será apreciado se o primeiro for acolhido. Essa dependência lógica pode ocorrer de duas formas: a) o primeiro pedido é prejudicial ao segundo: o não acolhimento do primeiro pedido implicará a rejeição (e, portanto, julgamento) do segundo; b) o primeiro pedido é preliminar ao segundo: o não-acolhimento do primeiro implicará a impossibilidade de exame do segundo (que não será julgado, pois). O acolhimento do primeiro pedido, em qualquer caso, não implica necessariamente o acolhimento do segundo pedido.

> Normalmente, diz-se que a cumulação sucessiva é uma cumulação por prejudicialidade,[65] o que é um erro, pois se misturam os conceitos de questão prejudicial e preliminar (ver capítulo sobre a teoria da cognição).

São exemplos de cumulação sucessiva por prejudicialidade: a) investigação de paternidade e alimentos; b) declaratória de inexistência de relação jurídica e repetição de indébito etc. É exemplo da cumulação sucessiva por pedido preliminar o formulado na ação rescisória: juízo de rescisão (*iudicium rescindens*) e o juízo de rejulgamento (*iudicium rescissorium*).[66]

5.3.2. Cumulação imprópria: subsidiária ou alternativa

Cogita-se também da chamada cumulação imprópria de pedidos. O adjetivo "imprópria" justifica-se porque, de fato, não se trata de cumulação de pedidos. Cuida-se de formulação de vários pedidos ao mesmo tempo, de modo que apenas um deles seja atendido: chama-se, por isso, de cumulação imprópria o fenômeno, exatamente porque tem o autor ciência de que apenas um dos pedidos formulados poderá ser satisfeito: o acolhimento de um implica a impossibilidade do acolhimento do outro.[67] A base normativa para este tipo de postulação é o art. 289 do CPC.[68]

A doutrina divide a cumulação imprópria em eventual e alternativa, seguindo denominação de Chiovenda. Apenas a cumulação eventual está expressamente regulada no art. 289.

Cuidemos primeiro da cumulação eventual (de um lado, a formulação de mais de um pedido; de outro, o prestígio da eventualidade), também chamada de pedidos subsidiários, pedidos sucessivos ou cumulação subsidiária, essa última denominação mais correta (por isso, será a adotada a partir de agora).[69]

Trata-se de aplicação do princípio da eventualidade,[70] segundo o qual a formulação das pretensões e exceções deve ser feita no momento específico da postulação.[71] O autor estabelece uma hierarquia/preferência entre os pedidos formulados: o segundo só será analisado se o primeiro for rejeitado ou não puder ser examinado (falta de um pressuposto de exame do mérito); o terceiro só será atendido se o segundo e o primeiro não puderem

66. "Apenas quando a rescindibilidade da sentença decorre da sua injustiça (*v. g.*, art. 485, nº IX) é que o *iudicium rescindens* funciona como prejudicial do *iudicium rescissorium*" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 205).
67. TJÄDER, Ricardo. *Cumulação eventual de pedidos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 34-37.
68. Art. 289: "É lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior".
69. Segundo lição de TUCCI, José Rogério Cruz e. "Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos". *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 282.
70. Barbosa Moreira identifica a cumulação subsidiária como exemplo do direito positivo nacional em que se permite imprimir caráter condicional a atos da partes. Lembra o autor que não há norma genérica que regule a inserção de condição em ato processual, sendo o art. 289 exemplo que pode servir como fundamento para aqueles que entendam ser possível ato processual sob condição ("Recurso especial. Exame de questão de inconstitucionalidade de lei pelo Superior Tribunal de Justiça. Recurso extraordinário interposto sob condição". *Direito Aplicado II*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 264-266).
71. Sobre a relação entre a preclusão e a cumulação subsidiária, amplamente, TUCCI, José Rogério Cruz e. "Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos", ob. cit., p. 283-284.

sê-lo etc. O magistrado está condicionado à ordem de apresentação dos pedidos, não podendo passar ao exame do posterior se não examinar e rejeitar o anterior. Nem mesmo se houver reconhecimento pelo réu da procedência do pedido subsidiário.[72]

A cumulação de pedidos incompatíveis entre si é caso de inépcia da petição inicial (art. 292, §1º, I, c/c art. 295, par. ún, IV, CPC). Caso seja possível/interessante formulá-los, a técnica correta é a dos pedidos subsidiários. É possível que o autor esteja em dúvida sobre o acolhimento do pedido principal e, por isso, formule o outro, para o caso de não vingar o primeiro, sendo este aspecto frágil da inicial um ponto que fatalmente não passará sem a crítica do réu.[73] Percebe-se, pois, que não se aplica à cumulação imprópria o requisito da compatibilidade dos pedidos formulados, os quais jamais poderão ser acolhidos simultaneamente. Os demais requisitos gerais para a cumulação de pedidos (competência e identidade de procedimento) aplicam-se, no particular, sem qualquer especialidade.[74]

Importante observação de José Rogério Cruz e Tucci: "Seja como for, a incompatibilidade não significa que possam ser cumulados, na espécie aqui examinada, pedidos absolutamente autônomos quanto à sua gênese fático-jurídica. Na verdade, deverá haver um elo de prejudicialidade entre os pedidos, uma vez que o provimento jurisdicional de procedência do primário fulmina (implicitamente) o interesse processual e, consequentemente, exaure a pretensão do autor em relação ao pedido subsidiário. Desse modo, não se viabiliza o cúmulo subsidiário na hipótese de o autor reclamar o pagamento do preço decorrente da alienação de um automóvel e, subsidiariamente, na circunstância de ser rechaçado esse primeiro pedido, reivindicar ele a propriedade de um determinado imóvel".[75]

É instituto útil nas hipóteses de concurso de pretensões (ver item relacionado ao concurso de ações no capítulo sobre a teoria da ação). Trata-se de figura simétrica e oposta à da cumulação sucessiva.[76] O valor da causa será o do pedido principal (art. 259, IV, CPC).

Acolhido o pedido principal, estará o magistrado dispensado de examinar o pedido subsidiário, que não ficará acobertado pela coisa julgada, exatamente por não ter sido examinado.[77] Acaso o magistrado examine o pedido sucessivo *per saltum*, sem ter examinado o pedido principal, haverá *error in procedendo*, impugnável pelo autor, em razão da preferência expressada na formulação dos pedidos. Não acolhido ou não examinado (acaso falte um pressuposto de admissibilidade de exame do mérito) o pedido principal, deve o magistrado examinar o pedido subsidiário, sob pena de sua sentença ser *citra petita*.[78]

72. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos", ob. cit., p. 287. Também assim STJ, 3 T., REsp 8.892-SP.
73. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, p. 255.
74. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos", ob. cit., p. 286.
75. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos", ob. cit., p. 285.
76. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 14.
77. STF, 2 T., AI 194.653-0-SP-AgRg, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 7.11.1997, p. 57.243.
78. STJ, 3 T., REsp 26.423-0-SP.

> E se o pedido principal for acolhido apenas parcialmente? Ricardo Tjäder[79] e Cruz e Tucci[80] defendem que o magistrado poderá passar ao exame do pedido subsidiário se for o caso de acolhê-lo integralmente, pois se presume que o interesse do autor estaria mais bem atendido com a total procedência do pedido subsidiário do que com a parcial procedência do pedido principal.

Poderá o autor, ainda, recorrer da parte da decisão que rejeitar o pedido principal, mesmo que logre êxito no pedido subsidiário, pois, ao estabelecer a hierarquia, definiu o demandante o que lhe é mais interessante.[81] Aqui, cabem as seguintes observações: a) seu recurso envolverá apenas um capítulo da decisão;[82] b) a análise do pedido subsidiário, que não foi impugnada por lhe ter sido favorável, não será devolvida ao órgão *ad quem*, salvo se houver recurso do réu, situação em que se repetirá, na segunda instância, o julgamento da causa, nos moldes em que apresentada na primeira; c) acaso seja provido o recurso do autor, restará prejudicada a sentença na parte em que acolheu o pedido subsidiário; não o sendo, prevalece o que fora decidido na sentença, em homenagem ao princípio da proibição da *reformatio in peius*.[83]

Se a sentença reconhece a procedência do pedido principal, o tribunal não poderá, no julgamento da apelação do réu, dando a ela provimento, adentrar o exame do pedido subsidiário, porquanto somente o capítulo da decisão relacionado com o pedido principal é que foi devolvido ao órgão *ad quem*.[84]

A sucumbência total do autor, quando formula pedido sucessivo, só existirá se todos os seus pedidos forem rejeitados. Acolhido o pedido subsidiário, não haveria porque falar-se em sucumbência parcial: cabe relembrar que, em demanda formulada com cumulação eventual, não é possível o acolhimento de mais de um pedido. Acolhido totalmente um dos pedidos, o autor é vencedor exclusivo.[85] E, assim sendo, não é ele considerado vencido e não pode, em conseqüência, ser condenado ao pagamento de verbas sucumbenciais.[86-87] Outra solução, para o caso de acolhimento do pedido subsidiário, em razão da rejeição do

79. TJÄDER, Ricardo. *Cumulação eventual de pedidos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 37.
80. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos"., ob. cit., p. 287-288.
81. "Neste caso, se a sentença acolher o pedido subsidiário, e não o principal, o autor pode apelar, porque não teve sua pretensão inteiramente acolhida". NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.* 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 378.
82. Identificando o pedido subsidiário como capítulo autônomo da decisão, ver o excelente trabalho de DINAMARCO, Cândido. *Capítulos da sentença.* São Paulo: Malheiros Ed., 2002, p. 65-66.
83. Em sentido contrário, entendendo faltar ao autor interesse recursal quando o pedido subsidiário é atendido, TJÄDER, Ricardo. *Cumulação eventual de pedidos,* p. 98.
84. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos", ob. cit., p. 291.
85. "Formulado pedido subsidiário pelo autor, para o caso de reconhecimento da concorrência de culpas, os encargos de sucumbência hão de ser carreados por inteiro ao réu". (STJ, REsp 52.750-3, rel. Barros Monteiro, publicado na RSTJ 7/75, novembro de 1995, p. 390).
86. TJÄDER, Ricardo. *Cumulação eventual,* p. 91.
87. Em sentido contrário, com base em Yussef Said Cahali, STJ, REsp 193.278-PR, rel. Min. Pádua Ribeiro, DJ 10.06.2002, p. 201. Ver, neste acórdão, belíssimo voto-vista de divergência da Min. Nancy Andrighi, adotando posição semelhante à ora exposta.

pedido principal, é entender que houve pequena sucumbência do autor. Assim, o valor da condenação em honorários advocatícios deverá ser fixado proporcionalmente, e não no teto de 20% previsto no art. 20 do CPC.

Agora a cumulação imprópria alternativa.

Embora não haja, no direito positivo, previsão expressa e genérica da técnica da cumulação imprópria alternativa, têm-na aceitado a doutrina e a jurisprudência, a partir de uma interpretação mais elástica do art. 289. Consiste na formulação, pelo autor, de mais de uma pretensão, para que uma ou outra seja acolhida, sem expressar, com isso, qualquer preferência. É cumulação imprópria, pois somente um dos pedidos formulados poderá ser atendido.

Diferencia-se da cumulação eventual, porque nesta o autor demonstra preferência em relação a um dos pedidos. Não se trata do pedido alternativo do art. 288, que é pedido único, fundado em obrigação alternativa (que se caracteriza por permitir o adimplemento por mais de uma forma).[88] Aqui, são no mínimo dois pedidos autônomos, formulados para que se acolha apenas um deles. Conquanto não haja norma genérica, vislumbra-se situação específica de cúmulo alternativo na consignação em pagamento: na dúvida, pode o autor dirigir-se a duas pessoas, por não saber a qual das duas se acha juridicamente ligado (art. 895, CPC), requerendo o devedor o depósito e a citação dos que disputam o crédito. Ao julgar a controvérsia entre os dois réus, decidirá o juiz qual deles era o legitimado perante o autor.[89]

O valor da causa será o do pedido que tiver o maior valor (art. 259, III, CPC).

Acolhido um dos pedidos alternativos, não terá o autor interesse para interpor recurso com o objetivo de acolhimento do outro.[90] Diferentemente do que ocorre na cumulação subsidiária, pois não houve determinação da preferência entre os pedidos, considera-se que abriu mão o demandante de questionar a escolha do magistrado por esse ou aquele pleito. O acolhimento de um e a rejeição do outro também não implicam sucumbência parcial do autor, pelos mesmos argumentos já expostos em relação à cumulação subsidiária.

Cumpre assinalar que, como o recurso é "simples aspecto, elemento, modalidade ou extensão do próprio direito de ação exercido no processo",[91] aplicam-se, por analogia, à demanda recursal, as técnicas de postulação inicial, como a cumulação de pedidos e os pedidos subsidiários. É muito comum o recorrente pedir, por exemplo, a anulação da decisão recorrida ou, se assim não entender o tribunal, a sua reforma.

88. Tratando o pedido alternativo como se fosse cumulação alternativa, Ricardo Tjäder, *Cumulação eventual,* p. 35.
89. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio.* 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 393.
90. Também nesse sentido, Cândido Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil,* ob. cit., II/171.
91. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. V, p. 236.

5.3.3. Cumulação inicial e cumulação ulterior

A cumulação de pedidos pode ser inicial, quando veiculada no ato que originariamente contém a demanda, ou ulterior, quando a parte agrega novo pedido à sua demanda após a postulação inicial, já no curso do processo. É cumulação ulterior o aditamento permitido da petição inicial (art. 294 do CPC). Um outro exemplo de cumulação ulterior é o ajuizamento pelo autor de ação declaratória incidental,[92] mesmo aquela que objetiva o reconhecimento da falsidade de documento.

Não se deve confundir a cumulação de pedidos ulterior, que é espécie, com a ampliação objetiva ulterior do objeto do processo, que é gênero. O objeto do processo pode ser ampliado sem que se possa falar de cumulação de pedidos (um mesmo sujeito formulando vários pedidos para acolhimento conjunto), como ocorre com a reconvenção, a ação declaratória incidental proposta pelo réu, o pedido contraposto, a oposição (art. 59, CPC), a denunciação da lide formulada pelo réu etc.

> Alguns autores consideram que qualquer ampliação objetiva ulterior implica cumulação de pedidos ulterior. Assim, seria a reconvenção, p. ex., hipótese de cumulação de pedidos superveniente. Também seria cumulação ulterior a reunião de causas conexas pela causa de pedir (arts. 103/105 do CPC).
>
> Fala-se, então, em cumulação homogênea, quando os pedidos forem formulados pela mesma parte, e cumulação heterogênea ou contrastante, quando os pedidos forem formulados por partes distintas, como é o caso da cumulação pela reconvenção ou denunciação da lide promovida pelo réu.[93] Nesta linha, cumpre advertir, não se aplica à cumulação heterogênea o requisito da compatibilidade dos pedidos.

5.3.4. Requisitos para a cumulação

A cumulação de pedidos deve preencher alguns requisitos, sob pena de não ser admitida. Como já salientado, a cumulação indevida de pedidos não pode implicar indeferimento da petição inicial sem que se dê ao demandante oportunidade de corrigir o vício, conforme já visto. Vejamos os requisitos que o legislador impôs para admitir a cumulação de pedidos, encontráveis no art. 292 do CPC.

a) Competência

Somente é possível a cumulação se o juízo tiver competência absoluta para conhecer de todos os pedidos formulados. "Caso tenha competência para um e não tenha para o outro, não poderá haver cumulação".[94]

> É o que pode ocorrer quando se formulam pedidos, em cumulação simples, contra *litisconsortes facultativos*, sendo que um deles goza de juízo privativo, como a União e demais entes públicos.[95]

92. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 14.
93. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 645.
94. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 645.
95. Nesse sentido, interessante suscitar o Enunciado n. 21 do FONAJEF – Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais de 21.10.2005. Enunciado n. 21: "As pessoas físicas, jurídicas, de direito privado ou de direito público estadual ou municipal, podem figurar no pólo passivo, no caso de litisconsórcio necessário".
96. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, p. 266. Também assim, Luiz Fux, *Curso de Direito Processual Civil*, p. 202; GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 105.
97. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, item 266. Também assim, Luiz Fux, *Curso de Direito Processual Civil*, p. 203.
98. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, item 263.

Não deve o magistrado indeferir totalmente a petição inicial, se ocorrer cumulação de pedido que fuja da sua competência; deve admitir o processamento do pedido que lhe é pertinente, rejeitando o prosseguimento daquele estranho à sua parcela de jurisdição. Esse é o sentido do correto enunciado 170 da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça: "Compete ao juízo onde primeiro for intentada a ação envolvendo acumulação de pedidos, trabalhista e estatutário, decidi-la nos limites de sua jurisdição, sem prejuízo do ajuizamento de nova causa, com o pedido remanescente, no juízo próprio".

Se a cumulação envolver pedido para cujo processamento o juízo não tenha competência relativa, o desmembramento da petição inicial dependerá de propositura da exceção de incompetência do réu.[96] No entanto, se entre os pedidos houver conexão, é possível a cumulação, mesmo que o juízo seja relativamente incompetente para processar/julgar um deles, em razão do efeito modificativo da competência que decorre da conexão (art. 105 do CPC). Não poderá o réu opor-se a tal cumulação.[97] É por isso que se admite a cumulação, no mesmo processo, de pedido de resolução do compromisso de compra e venda de imóvel (competência relativa) com o pleito reivindicatório do mesmo bem (competência absoluta).

b) Compatibilidade dos pedidos

Também é requisito para a cumulação de pedidos que eles sejam compatíveis entre si. Trata-se de pressuposto lógico da cumulação, que, se não preenchido, implica inépcia da petição inicial por força do art. 295, par. ún., IV, CPC. Se for possível a formulação de pedidos incompatíveis, deve o demandante valer-se da técnica da cumulação imprópria (eventual ou alternativa), que, como visto, dispensa a compatibilidade dos pedidos, exatamente porque se espera o acolhimento de apenas um deles. A incompatibilidade dos pedidos decorre do direito material, razão pela qual alguns autores usam a expressão "incompatibilidade substancial".[98]

> Exemplos de cumulação de pedidos incompatíveis: a) revisão e nulidade do contrato; b) resolução e abatimento do preço (ação redibitória e *quanti minoris*); c) complementação da área e resolução do contrato; d) nulidade e resolução do contrato.

c) Identidade do procedimento ou conversibilidade no rito ordinário

Exige-se ainda, para a admissibilidade da cumulação, uma compatibilidade procedimental entre os pedidos formulados. Se todos puderem ser processados pelo rito ordinário, não haverá problema. Se houver cumulação entre um pedido que seria processado pelo

rito sumário com outro que se valeria do ordinário, também não haverá problema, pois ambos são hipóteses de procedimento comum.

> Costuma-se dizer que não é possível a cumulação de pedidos relacionados a processos diferentes (cumular pedido cautelar com pedido de certificação, p. ex.). A regra do art. 273, § 7º, CPC, consagrou inequivocamente a possibilidade de cumulação de pedido de conhecimento e pedido cautelar, conforme será demonstrado nas anotações sobre a antecipação da tutela. Por outro lado, essa impossibilidade a que se refere a doutrina está muito mais relacionada com os diversos procedimentos a que corresponde cada tipo de processo do que propriamente a uma inviabilidade em tese de cumularem-se pedidos nestas hipóteses. Como ao pedido de tutela executiva de pagamento de soma, fundado em título executivo, corresponde um tipo de procedimento totalmente incompatível com o procedimento relacionado ao pedido de cobrança (demanda de rito ordinário), não se poderia admitir a cumulação em tais casos.

Duas são, contudo, as situações-problema: a) cumulação de um pedido de rito especial com um pedido de rito comum; b) cumulação de pedidos de ritos especiais diferentes. Nesse caso, permite o legislador que a cumulação seja feita, desde que seguindo o rito ordinário. É a regra.

Sucede que a solução não é tão simples. Há procedimentos especiais que não podem ser convertidos ao rito ordinário. Esse é o ponto-chave para a verificação da admissibilidade de cumulação de pedidos nessas hipóteses: saber se o procedimento especial é ou não é redutível ao procedimento ordinário.

Sabe-se que, em nosso sistema processual, vige a regra da indisponibilidade do procedimento, segundo a qual as partes não podem alterar a espécie procedimental prevista para determinada situação litigiosa, pois é tarefa do legislador construir os caminhos por meio dos quais será exercida a tutela jurisdicional.[99] O exemplo marcante da prevalência da regra é o art. 295, V, CPC, que cuida do indeferimento da petição inicial por escolha inadequada do procedimento.

Por vezes, o legislador oferece ao autor mais de um procedimento apto a servir de conduto da tutela jurisdicional que pleiteia. Há procedimentos que são criados como uma alternativa de tutela diferenciada ao autor, que se valerá deles conforme a sua conveniência.

Assim, determinada pretensão, que poderia ter sido proposta via procedimento especial, poderá ser formulada via procedimento comum. São eles os procedimentos não-obrigatórios, opcionais, porquanto possam ser dispensados pelo autor. A eles se aplica irrestritamente a regra da conversibilidade do procedimento em ordinário, em

99. "É, também – e por essa mesma razão – uma exigência de ordem pública, na medida em que o Estado não quer aventurar-se em procedimentos menos seguros e de duvidosos resultados práticos. Daí ter construído um sistema de procedimentos diferenciados entre si e destinado cada um deles a uma situação prevista em lei. Trata-se de matéria de pura ordem pública, que não deve ficar à mercê da vontade das partes". (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. II, p. 460).

caso de cumulação de pedidos, prevista no art. 292, §2º, CPC. São exemplos: mandado de segurança, possessórias, monitória, juizados especiais etc. Tem o autor, nestes casos, "a faculdade de optar pelas vias ordinárias (o processo comum regido pelo Código de Processo Civil) e com isso renunciar aos benefícios do processo especial".[100]

Outros procedimentos especiais, no entanto, são criados com objetivo precípuo de atender a determinado interesse público, normalmente envolvendo direitos indisponíveis.[101] Estes procedimentos são obrigatórios, inderrogáveis pela vontade do autor, que não pode deles abrir mão, optando pelo rito ordinário. A estes procedimentos não se aplica a regra da conversibilidade antes mencionada. Aquela pretensão material, tipicamente prevista para ser tutelada pela via de determinado procedimento especial, não pode ser veiculada por qualquer outro procedimento, nem mesmo em cumulação de pedidos. Assim, não pode o autor cumular um pedido, que seria processado por uma via especial obrigatória, com outro, qualquer que seja o procedimento a ele pertinente.

> São exemplos: inventário e partilha, interdição, usucapião, procedimentos especiais de jurisdição voluntária, desapropriação, ações de controle concentrado da constitucionalidade das leis etc. Nestas hipóteses, vale plenamente a regra da indisponibilidade do procedimento.
>
> É por isso que se não pode admitir a cumulação de pedidos em ação coletiva, envolvendo improbidade administrativa e outro direito difuso, em razão do procedimento especial do tipo obrigatório previsto para a tutela daquela primeira questão (Lei Federal n. 8.429/92).
>
> Há quem admita a cumulação de pedido de jurisdição contenciosa com pedido de jurisdição voluntária, salvo manifesta incompatibilidade.[102]

5.4. Ampliação da demanda

Salvo os casos em que se admite pedido implícito, incumbe ao autor formular na petição inicial todos os pedidos que puder contra o réu. Poderá o autor, contudo, aditar a petição inicial antes da citação, desde que arque com as custas do aditamento (art. 294 do CPC).[103]

Note-se que há um descompasso, injustificado, com a norma que permite a alteração do pedido, que pode ser feita depois da citação, com o consentimento do réu (art. 264, ver abaixo).

As críticas ao rigor formal são inúmeras, abordadas no item a seguir, após os comentários à possibilidade de alteração do pedido.

100. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. II, p. 461.
101. A intervenção obrigatória do Ministério Público é um sinal ostensivo da indisponibilidade do procedimento.
102. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna.* São Paulo: Dialética, 2003, p. 45.
103. Art. 294: "Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa".

Embora a norma vise impedir, de certo modo, a ampliação do objeto do processo com o acréscimo de novo pedido, há inúmeras situações em que o objeto do processo é ampliado ulteriormente: a) reconvenção; b) pedido contraposto; c) oposição; d) denunciação da lide; e) ação declaratória incidental.

5.5. Redução da demanda

Barbosa Moreira muito bem sintetizou as hipóteses de redução do pedido: a) desistência parcial; b) renúncia parcial ao direito postulado; c) transação parcial na pendência do processo; d) convenção de arbitragem relativa a parte do objeto do litígio, na pendência do processo; e) interposição, pelo autor, de recurso parcial contra a sentença de mérito desfavorável.[104] Frise-se que, nesses casos, o processo continua em relação à parte restante do mérito e as decisões que homologuem tais atos, em juízo singular, serão inter-locutórias e, não, sentenças.

5.6. Alteração objetiva da demanda

É direito processual do autor promover a alteração (substituição) dos elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir) antes da citação do réu (art. 264 do CPC).[105] Após a citação, o autor somente poderá fazê-lo com o consentimento do demandado, ainda que revel (art. 321 do CPC), que terá novo prazo de resposta, pois a demanda terá sido alterada. Trata-se de verdadeiro negócio jurídico processual (categoria que aceitamos).[106] A negativa do réu deve ser expressa, pois o silêncio, após intimação da proposta de mudança, poderá ser interpretado como concordância tácita, operando-se a preclusão (art. 245, CPC).[107] Há entendimento segundo o qual a mudança objetiva *ex officio* pelo magistrado deve ser impugnada, sob pena de operar-se a preclusão.[108]

Após o saneamento, é vedada qualquer alteração objetiva promovida pelo autor, mesmo com o consentimento do réu. Em razão disso, não se pode alterar objetivamente o processo em fase recursal, até mesmo para que não haja supressão de instância. A única alteração objetiva do processo possível após o saneamento é a que ocorre em razão da oposição interventiva (art. 59, CPC), que, além de ser promovida por terceiro, deverá ser feita até o início da audiência de instrução e julgamento (sobre a distinção entre oposição

104. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 12-13.

105. "Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo".

106. Contra a existência de negócio jurídico processual, Enrico Tullio Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 221 e segs.

107. "Apresentada petição pelo autor, em que se altera a causa de pedir, e nenhuma objeção apresentando o réu, que, ao contrário, cuida de negar-lhe o fundamento, é de admitir-se que consentiu na alteração. Incidência da ressalva contida no art. 264 do CPC". (STJ, 3ª T., Resp 21.940-5-MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 08.03.1993, p. 3.114, colhida por Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil*, nota. 10a ao art. 264, CPC).

108. "Constitui nulidade relativa a alteração do pedido *ex officio* pelo juiz. Caso não haja impugnação oportuna, ocorre preclusão". (JTA 90/341; colhida e anotada por Nery Jr. e Nery, *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil em vigor*, p. 706).

interventiva e oposição autônoma, ver o capítulo sobre intervenção de terceiro). Trata-se de dispositivo legal que compõe o quadro das normas que regulam a estabilização do processo, junto com os arts. 87 e 294 do CPC.

Antes da citação	Depois da citação e antes do saneamento	Depois do saneamento
Permite-se a alteração objetiva da demanda.	Permite-se a alteração objetiva da demanda, desde que o réu concorde.	Não se permite alteração objetiva da demanda.

Art. 284 do CPC	Art. 264 do CPC	Art. 294 do CPC
Emenda da inicial.	Alteração da inicial.	Aditamento da inicial.

Observadas estas regras, é possível a alteração do objeto imediato ou mediato do pedido.[109] Eventuais correções de erros materiais da demanda podem ser feitas a qualquer tempo.[110]

Há dispositivos normativos no próprio Código de Processo Civil que mitigam o rigor do princípio da estabilidade objetiva: arts. 303, 321, 462, 475-N, III, 517, todos permitindo certas inovações na causa, notadamente no que diz respeito ao aporte de fatos novos que podem influir no julgamento do mérito.

Cabem, no particular, algumas críticas ao legislador.

Não se nega importância à estabilidade do processo. Sucede que o rigor preclusivo do dispositivo não pode ser levado às últimas conseqüências: não há, em tese, qualquer prejuízo a uma alteração objetiva do processo com a concordância das partes, até mesmo após o saneamento. Se existir, o prejuízo deverá ser verificado *in concreto* e não presumido pelo legislador.

A rigidez deste artigo coaduna-se com o espírito das legislações do século XIX, denotando formalismo desnecessário. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira lembra de alguns dispositivos do direito estrangeiro, que podem servir como referência: a) legis-lação processual alemã, onde se permite a modificação da demanda, independentemente da anuência do adversário, se entendido estar presente o requisito da utilidade para a causa; b) legislação processual austríaca, que autoriza o magistrado a permitir a modificação da demanda se não conduz ao "agravamento" do desenvolvimento do processo; c) extenso regramento do Código de Processo Civil Português sobre o assunto (arts. 270-273), que permite a modificação/ampliação consensual do pedido ou da causa de pedir em qualquer altura do processo, salvo se ocorrer perturbação inconveniente da instrução, discussão

109. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 13.

110. Dinamarco, *Instituições...*, ob. cit., II/69; Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*. 7 ed. São Paulo: RT, 2001, v. 2, p. 352-353.

e julgamento do pleito.[111] Percebe-se que a análise da utilidade/viabilidade da alteração do objeto do processo deve ser transferida ao magistrado, que as verificará em cada caso concreto que lhe for submetido. Parte-se de premissa exatamente contrária à nossa: é interessante, a princípio, a alteração consensual, salvo se não o for concretamente.

A regra do art. 475-N, III, CPC, segundo a qual é possível a inclusão, na conciliação judicial, de objeto estranho ao processo, enfraqueceu a preclusão determinada neste artigo, pois é inegável que, agora, é possível a inclusão consensual de novo pedido/causa de pedir – antes ou após a citação, pouco importa o momento (art. 125, IV, CPC) –, ainda que apenas para ser objeto de um acordo judicial.

> É possível alterar, antes da citação do réu, o procedimento escolhido? E o processo?
>
> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Edson Ribas Malachini mencionam – a partir da conjugação deste dispositivo com o do art. 284, CPC – a possibilidade de ser alterada a petição inicial, antes da citação do réu, ao fito de modificar o procedimento – e até mesmo o tipo de processo – outrora escolhido por outro mais adequado a *"res in judicio deducta"*.[112]
>
> Embora não seja a concepção dominante, é a mais correta. Quando se está na fase inicial do processo; quando os erros podem ainda ser muito mais eficazmente corrigidos; quando a petição inicial pode ser emendada (art. 284), adaptada *"ao tipo de procedimento legal"*; quando se permite que o autor livremente mude o pedido ou a causa de pedir (art. 264), não há porque deixar de permitir a alteração procedimental. O legislador processual escolheu como critérios para concreção do princípio da estabilidade do processo a possibilidade de modificação dos elementos da causa. É por isso que, com o passar dos atos compreendidos na fase postulatória, vão-se diminuindo as possibilidades de alteração daqueles elementos (partes, causa de pedir e pedido), até chegar ao saneamento do processo, quando qualquer modificação dos mencionados elementos é impossibilitada – salvo pela assistência (art. 50, par. ún., CPC) e pela oposição interventiva. Assim sendo, não há qualquer óbice para – depois de exercitado o direito processual do autor de, antes da citação, modificar a causa de pedir ou o pedido – se adotar um outro procedimento. Na hipótese de ainda não ter sido o réu chamado a integrar o processo, motivos não existem para se proibir a alteração do procedimento, pois nessa fase vige expressa permissão legal de transformação do libelo (alteração do pedido e da causa de pedir), bem como não haveria qualquer prejuízo para o demandado.[113] Edson Malachini vislumbra a conversão, inclusive, de processo de execução em processo de conhecimento.[114]

111. *Efetividade e processo de conhecimento*, p. 61-62.
112. "Atendendo a determinação judicial, é lícito à parte alterar a inicial, de modo a converter ação possessória em petitória, sem empeço de haver sido a ré citada para audiência de justificação de posse, que não se realizou, seguindo-se nova citação." (RSTJ 59/399, colhida por Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil*, nota. 1a ao art. 264, CPC).
113. Ver MALACHINI, Edson Ribas. *Da Conversibilidade de um Processo em Outro, por Emenda à Petição Inicial*. Jurisprudência Brasileira 163/36-43; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 145 e segs.
114. MALACHINI, Edson Ribas. *Da Conversibilidade de um Processo em Outro, por Emenda à Petição Iniciali*, cit., 163/39; a favor, ainda, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 145.

5.7. Tipologia

5.7.1. Pedido implícito e interpretação do pedido

Trata-se de pedido que, embora não explicitado na demanda, compõe o objeto do processo (mérito) por força de lei; mesmo que a parte não peça, deve o magistrado examiná-lo e decidi-lo. É temperamento da regra de que o pedido há de ser certo (expresso) e que sua interpretação deve ser restritiva (art. 293 do CPC).[115-116] Trata-se de cúmulo objetivo *ex vi legis*.[117] Embora se trate de pedido implícito, não se admite a condenação implícita:[118] o magistrado deve examinar expressamente o pedido implícito.[119] A análise desse pedido também se constitui capítulo autônomo da decisão.[120]

> Há uma ponderação de Pontes de Miranda sobre a regra da interpretação do pedido que deve ser reproduzida: "Limitado ao ato processual do pedido, parte central, porém só parte, da invocação do juízo, de modo nenhum seria autorizada a aplicação do art. 293 à interpretação das leis. Por outro lado, os próprios arts. 286-294 não são de interpretação estrita".[121]

São exemplos de pedido implícito: a) os juros legais (arts. 405 e 406 do CC-2002);[122] b) ressarcimento das despesas processuais e dos honorários advocatícios (art. 20 do CPC); c) correção monetária (art. 404 do CC-2002);[123] d) pedido relativo a obrigações com prestações periódicas, pois o autor está desobrigado a pedir as prestações vincendas: o magistrado deve incluir, na decisão, as prestações vincendas e não pagas (art. 290 do CPC, ver adiante). Importa frisar que os juros convencionais ou compensatórios não prescindem do pedido expresso do autor, não se constituindo pedido implícito.[124]

115. Art. 293: "Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais".
116. "Interpretar restritivamente o pedido é tirar dele tudo quanto nele se contém e só o que nele se contém, sem que se possa ampliá-lo por força de interpretação extensiva ou por consideração outra qualquer de caráter hermenêutico. Compreendido no pedido só o que expressamente contiver, não o que possa, virtualmente, ser o seu conteúdo". (PASSOS, José Joaquim Calmon de *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 209).
117. Lúcida síntese de Cândido Dinamarco. *Capítulos de sentença*, ob. cit., p. 66.
118. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, p. 247; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 210.
119. Não obstante isso, súmula do STF, n.254: "Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omisso o pedido inicial ou a condenação".
120. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*, ob. cit., p. 66.
121. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t.4, p. 82.
122. Art. 405 do CC-2002: "Contam-se os juros de mora desde a citação inicial". Art. 406 do CC-2002: "Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional".
123. O CC-2002 revogou o art. 2º, §1º, da Lei Federal n. 10.192/2002, que vedava o reajuste monetário com periodicidade inferior a um ano (ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, p. 248).
124. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, p. 248, com amplas referências bibliográficas.

Theotônio Negrão selecionou jurisprudência que entende que o pedido de alimentos é implícito na ação de separação (RT 502/57) e na posse e guarda de filhos menores (RTJ 82/997, especialmente a p. 999).[125]

Cristiano Chaves de Farias também aponta o pedido de alimentos como implícito na demanda de investigação de paternidade, em razão do art. 7º da Lei Federal n. 8.560/92.[126]

Segue um rol de enunciados de súmulas dos tribunais superiores relativas aos juros.

STJ 12: Em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios.

STJ 43. Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.

STJ 54. Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

STJ 69. Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel.

STJ 70. Os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença.

STJ 93. A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite pacto de capitalização de juros.

STJ 102. A incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei.

STJ 113. Os juros compensatórios, na desapropriação direta, incidem a partir da imissão na posse, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente.

STJ 114. Os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente.

STJ 176. É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela ANBID/CETIP.

STJ 186. Nas indenizações por ato ilícito, os juros compostos somente são devidos por aquele que praticou o crime.

STJ 188. Os juros moratórios, na repetição do indébito, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.

STJ 204. Os juros de mora nas ações relativas a benefícios previdenciários incidem a partir da citação válida.

125. *Código de Processo Civil,* ob. cit., nota 2 ao art. 293, p. 381.
126. FARIAS, Cristiano Chaves de. "Investigação de paternidade". *Procedimentos especiais Cíveis – legislação extravagante.* Fredie Didier Jr. e Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 901.

STJ 362. A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

STF 121. É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.

STF 254. Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omisso o pedido inicial ou a condenação.

STF 562. Na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios, dos índices de correção monetária.

STF 596. As disposições do Dec. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional.

5.7.2. Pedido genérico

O pedido tem de ser determinado, conforme visto. Permite a lei, em alguns casos, a formulação de pedido genérico (art. 286 do CPC). Determinado quanto ao gênero, o pedido pode ser genérico em relação à quantidade. No tocante ao *an debeatur* será determinado; em relação ao *quantum debeatur*, será indeterminado. Trata-se de hipótese de pedido relativamente indeterminado, pois.[127] Não se pode, p. ex., pedir a condenação a qualquer prestação. A indeterminação ficará restrita à quantidade ou à qualidade das coisas ou importâncias pleiteadas.[128] Pedido genérico formulado em hipótese não admitida implica inépcia da petição inicial (art. 295, par. ún., I, do CPC).[129]

Três são as situações em que se admite o pedido genérico, todas previstas no art. 286 do CPC. Essas hipóteses são excepcionais, "devendo por isto mesmo ser interpretadas restritivamente".[130]

Admite-se pedido genérico nas ações universais, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados (art. 286, I, do CPC). Ações universais são aquelas em que a pretensão recai sobre uma universalidade, seja ela de fato ou de direito. A petição de herança é exemplo de ação universal.

> Art. 90 do CC-2002: Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária. Ex.: rebanho, coleção de livros de uma biblioteca etc.

127. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil,* p. 172. A indeterminação do pedido não pode ser absoluta (Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil,* IV/35).
128. THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 320.
129. "É inepta a inicial se o autor se limita a pedir que o réu seja condenado 'nas penas previstas na lei'." (NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.* 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, nota 2ª ao art. 286, p. 375).
130. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, v. I, p. 317.

> Art. 91 do CC-2002: Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico. Ex.: patrimônio, espólio, massa falida etc.

Pode o autor formular pedido genérico nas ações indenizatórias em razão de ato ou fato ilícito, quando não for possível determinar, de modo definitivo as conseqüências danosas (art. 286, II, do CPC). "Neste caso, o juiz poderá levar em consideração fatos novos ocorridos depois da propositura da ação, para que possa proferir a sentença",[131] que deve refletir o montante dos danos existente à época da sua prolação. Trata-se da hipótese mais frequente de pedido genérico.

Muito embora não precise quantificá-lo, o autor deverá especificar o prejuízo sofrido. Afirma Humberto Theodoro Jr.: "Expressões vagas como 'perdas e danos' e 'lucros cessantes' não servem para a necessária individuação do objeto da causa. Necessariamente deverá ser descrita a lesão suportada pela vítima do ato ilícito, *v. g.*: prejuízos (danos emergentes) correspondentes à perda da colheita de certa lavoura, ou, ainda, os lucros cessantes representados pela perda do rendimento líquido do veículo durante sua inatividade..."[132]

> Não há razão para associar o dever de indenizar somente aos atos ilícitos. Trata-se de um vício muito freqüente, que acaba por confundir o fato jurídico com o seu efeito. É possível que atos lícitos tenham por eficácia, também, o dever de indenizar. São inúmeros os exemplos: a) atos lícitos da administração, como a construção de um viaduto, podem gerar o dever de indenizar os administrados que se prejudicaram e que não poderiam arcar sozinhos com o ônus do benefício de todos; b) a legítima defesa e o exercício regular do direito são atos lícitos (art. 188 do CC-2002), mas podem gerar o dever de indenizar (art. 929 do CC-2002); c) Danos causados pelas empresas ferroviárias a quem não seja passageiro ou remetente de carga: o tráfego de trem é ato lícito, mas se, p. ex., uma faísca que surja do contato das rodas com os trilhos vier a provocar um incêndio em plantações marginais, esse dano deverá ser ressarcido e não terá havido ato ilícito.[133]
>
> Assim, a melhor compreensão do art. 286, II, do CPC, é a de que ele se refere às ações indenizatórias *tout court*, independentemente de a causa de pedir lastrar-se em ato lícito ou ilícito.

Problema que merece cuidadosa análise é a do pedido genérico nas ações de reparação de dano moral: o autor deve ou não quantificar o valor da indenização na petição inicial? A resposta é positiva: o pedido nestas demandas deve ser certo e determinado, delimitando o autor quanto pretende receber como ressarcimento pelos prejuízos morais que sofreu. Quem, além do próprio autor, poderia quantificar a "dor moral" que alega ter sofrido? Como um sujeito estranho e por isso mesmo alheio a esta "dor" poderia aferir a sua existência,

131. NERY JR., Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em vigor*. 6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 642.
132. THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 320.
133. Exemplos de atos lícitos de eficácia indenizante podem ser lidos em Marcos Bernardes de Mello (chamados pelo autor de atos-fatos indenizantes), *Teoria do Fato Jurídico*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 115.

mensurar a sua extensão e quantificá-la em pecúnia? A função do magistrado é julgar se o montante requerido pelo autor é ou não devido; não lhe cabe, sem uma provocação do demandante, dizer quanto deve ser o montante. Ademais, se o autor pedir que o magistrado determine o valor da indenização, não poderá recorrer da decisão que, por absurdo, a fixou em um real (R$1,00), pois o pedido teria sido acolhido integralmente, não havendo como se cogitar de interesse recursal.

Somente é possível a iliquidez do pedido, nestas hipóteses, se o ato causador do dano puder repercutir, ainda, no futuro, gerando outros danos (p. ex.: uma situação em que a lesão à moral é continuada, como a inscrição indevida em arquivos de consumo ou a contínua ofensa à imagem); aplicar-se-ia, então, o inciso II do art. 286 aqui comentado. Fora desta hipótese, incabível a formulação de pedido ilíquido.

> Joel Dias Figueira Júnior abordou com precisão o tema: "Muitas vezes, o pedido de condenação (objeto imediato) do réu (pedido certo) por danos morais, decorrentes da morte de um ente querido, não está na dependência de qualquer elemento probatório para a sua fixação (determinação), em que tristeza e o sofrimento pela perda irreparável da pessoa amada aparecem de forma ínsita na própria relação de direito material violada, em face do ilícito civil praticado. Nesses casos, arbitrar o valor perseguido com a demanda é um ônus processual do postulante, não podendo ser relegado, em princípio, para fase processual posterior ou remetido para estipulação, de acordo com o prudente critério do julgador. (...) Em situações como essa e outras similares, não é função do Estado-juiz fixar o valor da indenização mediante o seu 'prudente critério' (conforme chavão forense), porquanto a expressão representa nada menos do que um pedido de julgamento por equidade (critério equitativo), vedado como regra e só admitido nos casos previstos expressamente em lei (art. 127, CPC)".[134]
>
> O STJ admitiu, contudo, embora sem grandes argumentos, a formulação de pedido genérico em demandas de ressarcimento de dano moral: REsp 125.417-RJ, j. 26.06.1997, rel. Min. Eduardo Ribeiro; REsp 175.362-RJ, j. 07.10.1999, rel. Min. Aldir Passarinho Jr.

Permite-se, ainda, pedido genérico quando a condenação depender de ato a ser praticado pelo réu (art. 286, III, do CPC), como na hipótese da ação de prestação de contas cumulada com o pagamento do saldo devedor.

134. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, vol. 4, tomo 2, p. 92-93. No mesmo sentido, Nery Jr. e Nery: "2. Dano moral. Nas ações de indenização por dano moral ou à imagem (v.g., CF 5.º V e X), o pedido deve ser certo e determinado, fixado pelo autor. Não se deve deixar para o perito judicial a fixação do quantum, na indenização dos danos extrapatrimoniais". (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação processual civil em vigor*. 6 ed. São Paulo: RT, 2002. p. 642). O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgando agravo de instrumento interposto contra decisão que, dentre outras coisas, rejeitou preliminar de inépcia da petição inicial decorrente de formulação de pedido genérico manifestou-se nos seguintes termos (AgIn 99.002.03350 – 13ª Câm. – TJRJ – j. 25.11.1999 – rel. Des. Júlio César Paraguassu – DORJ 08.06.2000).

5.7.3. Pedido alternativo

Pedido alternativo é aquele que reclama prestações disjuntivas. Trata-se de tipo de pedido classificado a partir de dada relação de direito substancial, que permite a satisfação do direito por prestações autônomas e excludentes. Seu estudo diz mais respeito ao direito material, cuidando a legislação processual, tão-somente, de regulamentar a postulação em juízo destas obrigações. O pedido será alternativo quando veicular pretensão oriunda de obrigação alternativa, facultativa ou com faculdade de substituição.[135] Está regulado no art. 288 do CPC.[136]

Não se trata de cumulação de pedidos (nem da chamada cumulação alternativa, vista linhas atrás): somente um pedido é feito; a forma de satisfação desse pedido é que é disjuntiva.[137]

> Consideram-se as obrigações alternativas como compostas, pois há previsão de mais de uma prestação como forma de extinção da obrigação (arts. 252-256 do CC-2002): *plures sunt in obligatione, una autem in solutione*.[138] Opõem-se às obrigações cumulativas, em que se exigem do devedor várias prestações.[139] As chamadas obrigações facultativas são obrigações simples, que muito se assemelham às alternativas, mas apenas sob a ótica do devedor, que poderá eximir-se da obrigação efetivando qualquer das prestações possíveis; tem ele a faculdade de escolha da prestação a ser cumprida, embora somente uma delas seja a devida: existem uma prestação *in obligatione* e uma *in facultate solutione*. O Código Civil de 2002, assim como o de 1916, não cuidou expressamente delas.[140] A diferença entre as modalidades de obrigação reside no fato de que nas facultativas a segunda prestação é acessória, se a primeira perecer, perecerá a obrigação; nas alternativas, a obrigação só perece se ambas perecerem. Cumpre advertir que a prestação *in facultate solutione* não pode ser exigida pelo credor, que não tem sobre ela direito de crédito.[141] Nas obrigações alternativas, ao contrário, todas as prestações podem ser exigidas, cabendo a escolha ao credor ou devedor, conforme seja.

135. MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. *O novo processo civil brasileiro*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 12; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários...*, p. 190. Orlando Gomes aponta para a correção da terminologia: "A expressão obrigação facultativa é manifestamente imprópria, por indicar a possibilidade de não ser cumprida ao arbítrio do devedor, o que seria absurdo. A doutrina alemã prefere designá-la obrigação com faculdade alternativa, ou com faculdade de solução, ou ainda com faculdade de substituição". (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 92).
136. Art. 288: "O pedido será alternativo, quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo".
137. Neste sentido, PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. III, p. 189; ASSIS, Araken de *Cumulação de ações*. 4 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 246. Tratando o tema como cumulação alternativa, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, ob. cit., II/170-171.
138. Sobre o regramento das obrigações alternativas no Código Civil de 2002, ver com proveito GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. II, p. 89-93.
139. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 245.
140. GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. II, p. 94.
141. GOMES, Orlando.*Obrigações*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 93.

Se a escolha da prestação couber ao autor, não haverá pedido alternativo: será fixo, pois o autor ao formulá-lo fez a sua escolha. Poderá o autor reservar-se para escolher na fase de execução (mesmo em se tratando de obrigação de fazer, não fazer ou dar, cujo cumprimento da respectiva sentença dispensa processo autônomo de execução; ver item abaixo), formulando pedido alternativo.[142]

Mesmo se o autor formular pedido fixo, nas hipóteses em que a escolha da prestação coubesse ao réu, deverá o juiz assegurar ao demandado o direito de escolha (parágrafo único do art. 288, CPC). "É que não seria lícito a uma parte, unilateralmente, arrogar-se o *ius eligendi* pertencente à outra".[143] Mas cabe ao réu a iniciativa de salvaguardar o seu direito de substituição, fazendo-a na contestação, não podendo o magistrado agir *de ofício*.[144]

> E se o réu for revel, tendo o autor formulado pedido fixo, quando a escolha caberia ao demandado? Calmon de Passos responde o questionamento: "Não nos parece que a revelia descaracterize a natureza da obrigação. Ela conduz à admissibilidade dos fatos, não à constituição de fatos jurídicos novos, nem à descaracterização do fato jurídico título da demanda. Consequentemente, ao revel deve o juiz condenar, deferindo-lhe o direito de escolha, se o autor formulou pedido fixo quando deveria tê-lo posto como alternativo".[145]

Não se aplica às demandas de pedido alternativo o disposto no art. 259, III, CPC, que cuida da hipótese de cumulação alternativa, em que há mais de um pedido. Aqui, conforme visto, cuida-se de pedido único e, pois, de "um só valor a considerar, porquanto entre as alternativas de solução inexiste diferença quantitativa, podendo-se falar apenas em diferença qualitativa".[146]

5.7.4. Pedido cominatório

O art. 287 do CPC[147] permite que o autor peça ao magistrado que comine multa ao réu para o caso de descumprimento de decisão, provisória ou definitiva, que lhe imponha um fazer, um não-fazer ou um dar coisa distinta de dinheiro. Trata-se de artigo cujo texto foi alterado pela Lei Federal n.º 10.444/2002.[148]

142. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 12.
143. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 12.
144. CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, ob. cit., p. 192.
145. CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, ob. cit., p. 192.
146. CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, ob. cit., p. 190.
147. Art. 287. "Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e 461-A)."
148. Eis a redação antiga do art. 287: "Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645)".

As mudanças efetivadas no art. 287, CPC, tiveram por objetivo promover a sua adequação ao novo regramento da tutela jurisdicional das obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa, as quais, conforme os dispositivos dos arts. 461 e 461-A do CPC, a princípio, deverão ser efetivadas na forma específica e nos moldes ali previstos. Trata-se de alterações que operaram um aperfeiçoamento técnico do Código, sem maiores repercussões, contudo, na prática forense.

O novo texto deste dispositivo apenas consagrou, corrigindo, aquilo que já se via/vê na prática. Repitamos: embora se trate de alteração lastrada na melhor técnica jurídica, não importará qualquer mudança na atividade forense.[149]

A correta compreensão do artigo pressupõe o exame cuidadoso das mudanças nele efetivadas. Eis as principais alterações, com a breve, mas correta, justificativa dos autores da reforma (acrescentamos anotações nos pontos mais importantes), que consta da Exposição de Motivos do Projeto de Lei n. 3.476/2000, convertido na Lei Federal n. 10.444/2002:

> "Assim, é excluída a menção à "condenação", que tecnicamente implica um posterior processo de execução, não adequado às sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*; (a) a expressão 'prestar fato que não possa ser realizado por terceiro', é resumida simplesmente para 'prestar fato', pois também as obrigações de fazer fungíveis devem ser abrangidas pela norma legal;(b) (c) a expressão "constará da petição inicial a cominação" é alterada para "poderá requerer", porquanto a pena pecuniária pode ser imposta de ofício, como expressamente prevê o art. 461, § 4º;(d) por fim, é aditada ao artigo, in fine, a expressão "ou da decisão antecipatória da tutela", dado que a pena também pode ser cominada pelo não cumprimento de liminar, como, aliás, está no citado § 4º do art. 461".(e)

(a) A tutela jurisdicional das obrigações de fazer, não fazer e a de entregar coisa não mais se efetiva por sentença condenatória, que pressupõe processo de execução posterior.[150] Atualmente, é absolutamente atécnico falar-se, por exemplo, de *"sentença condenatória de obrigação de fazer"*, ou *"de não fazer"*, ou *"de entregar coisa"* (distinta de dinheiro), pois tais obrigações são efetivadas ou por provimentos mandamentais ou por provimentos executivos.

Urge lembrar, ainda, que a tutela jurisdicional dos direitos a uma prestação (direitos que têm por objeto o cumprimento de uma prestação pelo sujeito passivo, concernente em um fazer, não-fazer ou dar) pode efetivar-se judicialmente por uma de três técnicas: a) condenação, que pressupõe futuro e autônomo processo de execução; b) mandamental: efetivação por coerção, ordem; c) provimento executivo: execução por sub-rogação. A técnica condenatória, encarada sob essa acepção, deixou de existir com a edição da Lei

149. Há quem simplesmente sugira a extinção do art. 287, CPC, que "não faria falta". (WAMBIER, Teresa e WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 82).

150. "...a sentença condenatória é, por definição, correlacionada com a execução por sub-rogação". (Marinoni, *Tutela específica.* São Paulo: RT, 2000, p. 41) Também sobre o tema, amplamente, Marinoni, *Tutela inibitória.* São Paulo: RT, 1999, p. 276-282.

Federal n. 11.232/2005, conforme examinado no capítulo sobre a teoria da ação. Agora, nem mesmo o direito a prestação pecuniária está submetido à técnica condenatória (certificação com posterior processo autônomo de execução), como até então ocorria. Todo direito a uma prestação pode ser tutelado por técnicas de cognição com força executiva: mandamental, que pressupõe "colaboração do sujeito passivo", após coerção indireta do Estado-juiz, e executiva em sentido lato, que dispensa o "auxílio" do obrigado, valendo-se o Poder Judiciário de medidas de coerção direta.

(b) Como as obrigações de não-fazer (abster-se ou tolerar alguma atividade) são sempre infungíveis, a permanência da menção a "fato que não possa ser realizado por terceiro", constante do texto anterior, talvez indicasse uma restrição da aplicação do dispositivo apenas às obrigações infungíveis. Sucede que a disciplina do art. 461 incide sobre qualquer modalidade de prestação de fazer ou não fazer, infungível ou não, de fundo legal ou contratual – prestigiada doutrina, inclusive, denomina a situação de "tutela relativa aos deveres de fazer e não-fazer",[151] demonstrando, com isso, de forma inequívoca, a amplitude da tutela consagrada no mencionado dispositivo normativo. Por isso, corrige-se a redação.

> "Infungível pode ser a prestação nas obrigações de fazer, o que ocorre quando só o cumprimento pelo devedor, pessoalmente, é capaz de satisfazer o credor. É ainda infungível a prestação em quaisquer obrigações de não-fazer: se determinada pessoa está obrigada a abster-se de algum ato, evidentemente não poderá satisfazer o credor a abstenção de outra(s) pessoa(s) – nem sequer a de todas as outras pessoas! –, caso o devedor pratique o ato".[152]

(c) Houve uma alteração ao projeto de lei encaminhado, que se operou já no Congresso Nacional, que visou evitar nova desarmonia entre os dispositivos do código. É que, conforme acenado, a tutela das obrigações de dar coisa (distinta de dinheiro) também foi alterada pela Lei Federal 10.444/2002 (art. 461-A), submetendo-se a regime semelhante ao da tutela das obrigações de fazer e não fazer. Eis a razão que justificou a colocação das obrigações de entregar coisa no rol do art. 287 do CPC. O lapso foi corrigido a tempo. Com isso, o enunciado 500 da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal[153] está revogado, pois, com a Lei Federal n. 11.232/2005, até mesmo em relação à obrigação de pagar quantia é possível a fixação de multa cominatória (art. 461, § 5º, c/c art. 475-J, CPC).

(d) A mudança é bem salutar. O desrespeito à exigência de formulação de pedido cominatório, pelo autor, quando demandasse o cumprimento de obrigações de não fazer e fazer infungíveis, implicava inépcia da petição inicial. Agora, "havendo ou não pedido

151. Eduardo Talamini, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não-fazer.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

152. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro.* 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 213.

153. "Não cabe a ação cominatória para compelir-se o réu a cumprir obrigação de dar".

de cominação, estará o juiz autorizado a determinar a pena pecuniária",[154] por força do §4º do art. 461, CPC, seja o caso de obrigação de fazer ou não-fazer, fungível ou não, pouco importa. Não há mais qualquer sentido em se impor este ônus ao autor.[155] A permissão de o autor requerer a cominação de multa, na inicial, justifica-se tão-somente como forma de legitimá-lo a recorrer, empós e se for o caso, da decisão do magistrado que não fixa a multa ou a fixa em valor menor do quanto foi requerido. Neste sentido, adquire a alteração função também pedagógica.

(e) Conforme bem dito no excerto da exposição de motivos transcrito, o art. 461 permite a fixação da multa em decisão antecipatória, enquanto a antiga redação do art. 287 falava apenas de multa para o descumprimento de decisão trânsita em julgado. Essa limitação impedia a existência de uma tutela preventiva efetiva no direito brasileiro, alcançada via tutela antecipatória, situação que veio a ser corrigida com a reforma do multicitado art. 461.

> Comentando a situação antes da reforma processual de 1994, Barbosa Moreira vislumbrava a possibilidade de tutela específica antecipatória concedida pela brecha da tutela cautelar atípica (medida que ele próprio afirmava não ser dogmaticamente a mais correta); no entanto, mesmo assim, afirmava não se poder fixar a multa coercitiva, tendo em vista a inexistência de disposição expressa. Eis as suas palavras: "O que não se afigura possível é fazer acompanhar o preceito, nesses casos, da cominação de multa para o respectivo desatendimento: as regras que autorizam o emprego de medidas coercitivas não comportam aplicação em hipóteses não previstas. Aqui, aliás, caso se sustentasse o contrário, chegar-se-ia, obliquamente, ao resultado que o art. 287, *fine*, preexcluiu – em disposição infeliz mas clara, que ao intérprete não é dado desprezar".[156]

5.7.5. Pedido relativo a obrigação indivisível

Cuida o art. 291 do CPC[157] da hipótese em que um dos credores de obrigação indivisível pleiteia em juízo a sua satisfação. Regula-se a demanda que envolve relação jurídica creditícia em que há pluralidade de credores em torno de um objeto indivisível, e somente um ou alguns deles vai a juízo pedir a efetivação desta obrigação. Esse artigo é o dispositivo processual que "regulamenta" as disposições do direito material relacionadas com a cobrança judicial de créditos de obrigação indivisível. A correta compreensão desse artigo impõe que se façam, pois, algumas considerações de direito material.

Entende-se por obrigação indivisível aquela cuja prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica,

154. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 182.
155. Dizia Calmon de Passos: "O art. 287 se tornou coisa nenhuma" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 182).
156. "A tutela específica do credor nas obrigações negativas". *Temas de direito processual – segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 43.
157. Art. 291: "Na obrigação indivisível com pluralidade de credores, aquele que não participou do processo receberá a sua parte, deduzidas as despesas na proporção de seu crédito".

ou dada a razão determinante do negócio jurídico (art. 258 do CC-2002). São obrigações, enfim, cuja prestação somente se pode cumprir por inteiro.

> Cumpre advertir que o regramento das obrigações divisíveis e indivisíveis pelo CC-2002 não difere do mesmo regramento no CC-1916. O que foi dito alhures vale aqui, tranquilamente.

Quando há pluralidade de credores de obrigação indivisível, poderá cada um destes exigir a dívida inteira (art. 260, primeira parte, do CC-2002). A pluralidade de credores de obrigação indivisível implica tratamento igual ao da solidariedade ativa (arts. 264/265 c/c art. 260, todos do CC-2002).[158] O direito material, assim, legitima um dos credores a pleitear a dívida por inteiro.

> A classificação das obrigações em divisíveis e indivisíveis diz respeito ao seu objeto. Na verdade, o estudo da obrigação indivisível somente tem relevância prática nas hipóteses em que há pluralidade de credores ou devedores – o que acaba por tornar o seu exame muito próximo do estudo das obrigações solidárias, fazendo com que alguns autores as vejam como espécies de obrigações em razão dos sujeitos, e não do objeto.[159]
>
> Enquanto semelhantes, distinguem-se pela causa: "A indivisibilidade resulta de obstáculo ao fracionamento da obrigação, ainda quando criado em razão do que se quer obter, enquanto a solidariedade é garantia que nada tem a ver com o conteúdo da prestação".[160] Os arts. 263 e 271 do CC-2002 revelam um tratamento diferenciado das obrigações indivisíveis e solidárias, quando se resolverem em perdas e danos.

Se apenas um dos credores receber a prestação por inteiro, a cada um dos outros assistirá o direito de exigir dele em dinheiro a parte que lhe caiba no total (art. 261 do CC-2002).

A regra do Código Civil foi reproduzida no art. 291 do CPC, que lhe acrescenta, entretanto, o seguinte: aquele credor que não participou do processo, para levantar o seu quinhão, deverá arcar, proporcionalmente, com as despesas processuais de cobrança do crédito (inclusive honorários advocatícios). Essa é a peculiaridade trazida pelo CPC-73 que complementa o regramento material – e que dá ao presente artigo alguma utilidade, pois, do contrário, seria mera repetição do quanto disposto no Código Civil.[161]

> Já disse Araken de Assis que o art. 291 se situa de maneira totalmente incorreta no capítulo destinado à petição inicial e na seção destinada ao pedido,

158. "Não há dificuldade em resolver as situações oriundas de obrigações com prestação indivisível, desde que se reconheça a necessidade de disciplinã-las pelas normas relativas às obrigações solidárias". (Orlando Gomes, *Obrigações*, p. 91).
159. Sobre o tema, Orlando Gomes. *Obrigações*, p. 90; Robert Joseph Pothier. *Tratado das Obrigações*. Campinas: Servanda, 2002, p. 248.
160. Orlando Gomes. *Obrigações*, p. 91.
161. Neste sentido, Araken de Assis, *Cumulação de ações*, p. 250.

pois nada de especial teria a ação condenatória de cobrança de prestação indivisível.[162]

Assim, resume Calmon de Passos: "Mas o autor apenas estará autorizado a levantar a parte que lhe for devida, legitimados os que não participaram do processo, tanto a executar a sentença pela parte que lhe couber, como a levantar do produto a quota que lhes for devida, abatida sua participação proporcional nas despesas do processo".[163] Urge frisar que, conforme o art. 274 do CC-2002, já examinado, pode ser que o outro credor não levante o seu quinhão, se o devedor, contra ele, tiver alguma exceção pessoal.

162. *Cumulação de ações*, p. 249.
163. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 198.

CAPÍTULO XIV

JULGAMENTO LIMINAR DE MÉRITO — A IMPROCEDÊNCIA *PRIMA FACIE*

Sumário • 1. Generalidades – 2. Indeferimento da petição inicial em razão do reconhecimento de prescrição ou decadência legal – 3. Julgamento imediato de causas repetitivas.

1. GENERALIDADES

Normalmente, relaciona-se o indeferimento da petição inicial com os casos de invalidade, má-formação, inépcia, defeito da petição inicial; por isso, diz-se que essa decisão judicial não analisa o mérito da causa, limitando-se a reconhecer a impossibilidade de sua apreciação. O CPC-73 contribui para isso, ao qualificar o indeferimento da petição inicial como hipótese de extinção do processo sem exame do mérito (art. 267, I).

Sucede que também é possível o indeferimento da petição inicial com *resolução* de mérito. O magistrado, liminarmente, reconhece a improcedência do pedido e não admite sequer a citação do réu, ato que se revela desnecessário ante a macroscópica impertinência do pedido. Trata-se de decisão que analisa o mérito da causa, apta, portanto, a ficar imune pela coisa julgada material. Pode-se denominá-la de *julgamento liminar de mérito* ou *improcedência prima facie.*

Há três exemplos de *improcedência prima facie* previstos na legislação brasileira: o indeferimento em razão de prescrição ou decadência (arts. 219, § 5º, 267, I, 269, IV, e 295, IV, CPC), o julgamento imediato de causas repetitivas (art. 285-A, CPC) e a rejeição liminar dos embargos à execução manifestamente protelatórios (art. 739, III, CPC). Este capítulo será dedicado aos dois primeiros exemplos; a terceira hipótese será estudada no volume deste *Curso* dedicado ao estudo da execução civil.

Um dos grandes entraves à compreensão do tema é a falta de sistematização no tratamento legislativo do assunto: é preciso reunir dispositivos esparsos, previstos inicialmente apenas para uma respectiva hipótese de *julgamento liminar*, e tentar arrumá-los em um sistema, de modo a dar à legislação processual civil um mínimo de coerência.

Senti a necessidade de destacar esse tema para um capítulo específico, e não mais como mero desenvolvimento do estudo do indeferimento da petição inicial. Parece-me que se trata de um "novo assunto", que merece capítulo e sistematização próprios.

Eis, então, um esboço de regime jurídico comum do *julgamento liminar de mérito.*

a) Trata-se de decisão apta a ficar indiscutível pela coisa julgada material. Se pudéssemos encaixá-la em alguns dos escaninhos já conhecidos, diríamos tratar-se de uma modalidade de julgamento conforme o estado do processo, variante do julgamento antecipado da lide.

b) É decisão proferida sem ouvir o réu, mas a favor dele.

c) O contraditório, em relação ao autor, fica garantido pelo efeito regressivo da apelação contra a sentença, que permite ao magistrado retratar-se, após ouvir as razões do autor (arts. 296 e 285-A, § 1º, CPC). O juízo de retratação homenageia, também, o *princípio da cooperação*, pois permite que o magistrado "ouça" o que tem a dizer o autor sobre a questão. É importante essa observação, notadamente nos casos de indeferimento da petição inicial pelo reconhecimento da prescrição, pois o autor/credor poderá, por exemplo, demonstrar ao magistrado a ocorrência de algum fato que interrompeu ou suspendeu o curso do prazo prescricional. Se não houvesse a possibilidade de juízo de retratação, a improcedência *prima facie* seria inconstitucional, por violar o princípio do contraditório, em seu aspecto substancial (ver o capítulo sobre os princípios do processo).

d) Mantida a decisão, impõe-se a intimação do réu para apresentar contra-razões de apelação, que terão conteúdo muito similar ao de uma contestação, não somente por ser a primeira manifestação do réu no processo, mas também, e principalmente, para permitir que o tribunal, se houver condições para isso (não houver necessidade de produção de outras provas, por exemplo), possa, dando provimento à apelação, decidir o mérito desfavoravelmente ao réu – a previsão de contra-razões, nesse caso, existe apenas no caso do art. 285-A, mas deve ser aplicada, por analogia, à improcedência liminar pelo reconhecimento da prescrição ou decadência.

e) Transitada em julgado a decisão de improcedência, sem a participação do réu no processo, o escrivão deverá comunicar ao réu, por correspondência, a sua vitória, enviando-lhe cópia da petição inicial e da decisão (aplicação do § 6º do art. 219 do CPC a ambos os casos de julgamento liminar de mérito). Essa comunicação é indispensável, principalmente para que o réu, tendo ciência de sua vitória, possa alegar a objeção de coisa julgada material, se o autor renovar a demanda.

2. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DE PRESCRIÇÃO OU DECADÊNCIA LEGAL

Admite-se o julgamento liminar de mérito quando o magistrado reconhece *ex officio* a decadência legal (art. 210 do CC-2002) e a prescrição (art. 219, § 5º, CPC). O art. 295, IV, CPC, é claro ao admitir o indeferimento da petição inicial pelo reconhecimento da decadência ou da prescrição, situações que, por força do art. 269, IV, CPC, importam resolução do mérito da causa. Há, aqui, de fato, certa antinomia entre esses dispositivos e o art. 267, I, que prescreve o indeferimento da petição inicial como hipótese de decisão sem exame de mérito. Prevalece, no entanto, a regra: o reconhecimento da prescrição e da decadência é análise de mérito, mesmo que tenha sido feito liminarmente.

A grande controvérsia está no reconhecimento *ex officio* da prescrição.

A Lei Federal n. 11.280/2006 alterou a redação do § 5º do art. 219 do CPC, que passou a ter a seguinte redação: "O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição". A mesma lei, coerentemente, determinou a revogação do art. 194 do CC-2002, que permitia o reconhecimento *ex officio* da prescrição apenas quando favorecesse absolutamente incapaz.

Essa mudança é a última etapa de um movimento legislativo de revisão do tratamento processual dado à prescrição.

Até 2003, vigia o art. 166 do CC-1916, que permitia o conhecimento *ex officio* da prescrição de direitos não patrimoniais – era de igual teor a regra contida na antiga redação do § 5º do art. 219 do CPC, ora reformado.[1] Sucede que não havia prazo de prescrição de direitos não-patrimoniais, que ou são potestativos (e, portanto, submetidos a prazo decadencial) ou são imprescritíveis (como os personalíssimos). "A prescrição é sempre de ordem patrimonial".[2] O CC-2002 já não utilizou (corretamente, diga-se), para fins de regulamento da prescrição, a dicotomia direitos patrimoniais/direitos não-patrimoniais, que deve ser esquecida.[3]

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a prescrição que beneficiasse absolutamente incapaz poderia ser conhecida de-ofício pelo magistrado.

Em dezembro de 2004, a Lei Federal n. 11.051 alterou a Lei de Execução Fiscal (Lei Federal n. 6.830/1980), para permitir que o magistrado conhecesse de oficio da prescrição do crédito fiscal, desde que ouvida previamente a Fazenda Pública (art. 40, § 4º).[4]

A Lei Federal n. 11.280/2006 estendeu a possibilidade de conhecimento oficial para *qualquer* prescrição. Generalizou uma autorização que antes era vista como excepcional. Coerentemente, revogou o art. 194 do CC-2002, que tinha, como visto, abrangência mais restrita.

O objetivo da reforma parece ter sido, também aqui, o de acelerar o julgamento dos processos. Levando em consideração que a prescrição é constatada com razoável facilidade, e que muito provavelmente o demandado a alegaria (até mesmo por força da regra da eventualidade, prevista no art. 300 do CPC), o legislador resolveu autorizar o magistrado a conhecer *ex officio* da questão, abreviando o tempo do processo. Não se vislumbra qualquer justificativa teórica para a mudança, que parece atender a fins eminentemente práticos.

A reforma legislativa alterou o regramento tradicional de um instituto antiqüíssimo (milenar, sem exagero[5]). No direito estrangeiro e de acordo com a tradição do direito

1. O § 5º do art. 219, na verdade, já havia sido revogado implicitamente pelo art. 194 do CC-2002.
2. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.* 6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 558. Assim, também, THEODORO Jr., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 42; ROSENVALD, Nelson. "Prescrição: da exceção à objeção". *Leituras complementares de Direito Civil.* Cristiano Chaves de Farias (org.). Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2007, p. 180.
3. Sobre o tema, amplamente, ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de código civil brasileiro.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 189-191.
4. "§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato".
5. THEODORO Jr., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 54.

brasileiro, como visto, a prescrição não poderia ser reconhecida *ex officio*.[6] Mudanças deste tipo, desacompanhadas de qualquer justificativa histórica, geralmente costumam dar trabalho aos operadores, pois todo o sistema jurídico, estruturado com base na *disponibilidade* da prescrição (e, pois, na impossibilidade de seu conhecimento *ex officio*), pode sofrer o impacto desta alteração. Houve quem, por esse e por outros motivos, considerasse inconstitucional a alteração, notadamente por redundar em intervenção indevida do Estado na autonomia privada.[7] Os argumentos pela inconstitucionalidade são muito fortes. Os argumentos aqui apresentados somente devem ser utilizados se se conseguir superar esse defeito supremo da lei que alterou o CPC.

Há, ainda, outra observação preliminar que precisa ser feita. A prescrição é instituto cuja definição e respectivo regime jurídico são determinados pelo direito positivo, e não pela doutrina.[8] "O instituto da prescrição é de direito positivo".[9] É por isso que a prescrição pode ter diversos perfis, tantos quantos interessem ao legislador. No âmbito penal, a prescrição extingue o *jus puniendi*, o direito de punir, ou o direito de executar a sentença penal condenatória, se se tratar de prescrição intercorrente; no âmbito tributário, a prescrição é causa de *extinção* do próprio crédito tributário (art. 156, V, Código Tributário Nacional[10]);

6. "É desnecessário dizer que o direito brasileiro jamais admitiu o reconhecimento de ofício da prescrição. Este é ponto que dispensa comprovação, por sua notoriedade. Não é só no Brasil, porém, que este sempre foi o tratamento dado à matéria. Outros ordenamentos jurídicos vedam, categoricamente, o reconhecimento *ex officio* da prescrição. Assim, por exemplo, o Código Civil italiano, cujo art. 2.938 estabelece, expressamente, que "*il giudice non può rilevare d'ufficio la prescrizione non opposta*". Também o Código Civil francês trata do tema, em seu art. 2.223: "*Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription*". O art. 142 do Código de Obrigações da Suíça tem redação análoga: "*Le juge ne peut suppléer d'office le moyen résultant de la prescription*". O Código Civil argentino dispõe sobre o tema em seu art. 3.964 : "*El juez no puede suplir de oficio la prescripción*". Vale citar, ainda, o Código Civil português, cujo art. 303º estabelece que "o tribunal não pode suprir, de ofício, a prescrição; esta necessita, para ser eficaz, de ser invocada, judicial ou extrajudicialmente, por aquele a quem aproveita, pelo seu representante ou, tratando-se de incapaz, pelo ministério público". (CÂMARA, Alexandre Freitas. "Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua", Disponível em www.flaviotartuce.adv.br, consultado em 12.12.2006, 06h30).
7. CÂMARA, Alexandre Freitas. "Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua", disponível em www.flaviotartuce.adv.br, consultado em 12.12.2006, 06h30; THEODORO Jr., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 67; "Prescrição – liberdade e dignidade da pessoa humana". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2006, n. 40, item 6; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. "Reflexões iniciais sobre um profundo equívoco legislativo – ou de como o art. 3º da Lei 11.280/06 subverteu de forma atécnica e desnecessária a estrutura da prescrição no direito brasileiro". *Revista de Direito Privado.* São Paulo: RT, 2006, n. 25, p. 290. Para Alexandre Câmara, a alteração é, ainda, inconstitucional, por ferir o princípio da isonomia, da adequação e da segurança jurídica.
8. "As conseqüências jurídicas oriundas do fato jurídico da prescrição variam conforme cada ramo do Direito, não sendo possível estabelecer de antemão um efeito ou uma classe de efeitos que lhe sejam aplicáveis de uma forma geral e inexorável". (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *A ação de direito material em face do direito fundamental à jurisdição.* Dissertação de mestrado. Universidade Federal das Alagoas, 2006).
9. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado.* 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 6, § 662, n. 2, p. 100.
10. Art. 156 do CTN: "Extinguem o crédito tributário: (...) V – a prescrição e a decadência".

no direito civil, a prescrição é causa de extinção[11] da *pretensão* (art. 189, CC[12]), mas não do direito subjetivo, sendo essa a razão pela qual não é lícito ao devedor que pagou dívida prescrita pedir a sua devolução. Assim, é razoável admitir que o magistrado conheça *ex officio* da prescrição penal (art. 61,[13] Código de Processo Penal, c/c art. 107, IV,[14] Código Penal) e da prescrição tributária (§ 4º do art. 40 da Lei Federal n. 6.830/1980), pois atingem o próprio direito material discutido.[15] Nesses casos, a decisão que acolhesse o pedido, ignorando a ocorrência da prescrição, seria injusta, pois reconheceria direito a quem não mais o tem. É também em razão disso que, no âmbito das relações jurídicas privadas, não se admitia, como regra, que o magistrado conhecesse *ex officio* da prescrição, que sempre se caracterizou como um direito (exceção substancial) disponível do devedor; nesses casos, a sentença que acolhesse o pedido, ignorando a prescrição, *não* seria injusta, porquanto reconhecesse um direito subjetivo ainda existente.

Exatamente por isso, os autores sempre identificaram na exigência de o devedor alegar a prescrição uma regra de profundo conteúdo moral: como o crédito continua existindo, o devedor inadimplente que alega prescrição continua com a "marca" de devedor impontual, que lhe pode prejudicar em outros negócios perante outros credores.[16]

Também há razões jurídicas para limitar o reconhecimento da prescrição à provocação do interessado: o art. 940[17] do Código Civil confere o direito do demandado por quantia

11. Rigorosamente, de acordo com a lição de Pontes de Miranda, a prescrição *encobre a eficácia da pretensão*, sem extingui-la (*Tratado de Direito Privado.* 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 6, § 662, n. 9, p. 106). O legislador civil, porém, resolveu seguir outro entendimento, considerando-a como causa de *extinção* da pretensão.
12. Art. 189 do Código Civil: "Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206".
13. Art. 61 do Código de Processo Penal: "Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício".
14. Art. 107 do Código Penal: "Extingue-se a punibilidade: (...) IV – pela prescrição, decadência ou perempção".
15. THEODORO Jr., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 68, nota 45.
16. "A hipótese de um devedor, beneficiado pela prescrição, não a querer usar, nada tem de anormal: poderão prevalecer aspectos morais ou, até, patrimoniais e pragmáticos: o comerciante preferirá pagar o que deve do que fazer constar, na praça, que recorreu à prescrição, com prejuízo para o seu credor legítimo. Recorrer à prescrição é, em suma, uma opção que exige um claro acto de autodeterminação e isso no seio de uma posição privada". (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral.* Coimbra: Almedina, 2005, t. 4, n. 79, p. 165.). Assim, também, MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC.* São Paulo: RT, 2006, p. 434; ARRUDA ALVIM, José Manoel. "Da prescrição intercorrente". *Prescrição no Código Civil – uma análise interdisciplinar.* 2ª ed. Mirna Cianci (coord.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31, nota 3; ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. *Derecho civil (parte general).* 2 ed. Tradução da 39 ed. alemã feita por Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1950, v. 2, p. 503; GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil.* 2ª ed. portuguesa e 1 ed. brasileira. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 3, t. 2, p. 774.
17. Art. 940 do Código Civil: "Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição".

paga a pedir o *dobro* do que foi indevidamente cobrado. Se a improcedência do pedido fundar-se em prescrição, não incide o dispositivo, pois não houve o reconhecimento de *inexistência* da dívida, que, como visto, permanece íntegra. O devedor pode ter o interesse, portanto, no reconhecimento da *inexistência* do crédito, exatamente para pleitear a *dobra* do art. 940 do Código Civil.[18]

Eis o cerne do problema.

Para resolvê-lo é indispensável, ainda, tecer outras considerações preliminares.

Permanece em vigor o art. 191 do CC-2002,[19] que permite expressamente a renúncia da prescrição, expressa ou tácita. A não-arguição da prescrição consumada é uma forma de renúncia.[20] Uma regra que permite a renúncia tácita e outra que permite o reconhecimento *ex officio* da prescrição estão em evidente conflito.[21]

Não é porque o juiz pode conhecer de ofício, que a prescrição torna-se direito (exceção substancial) indisponível. Também por tudo isso, ainda vige, plenamente, a regra que veda o pedido de repetição do que se pagou para solver dívida prescrita (art. 882 do CC-2002[22]). É lícito, portanto, o pagamento de dívida prescrita. "Permanece íntegro o desenho material da prescrição".[23]

> Note que o CC-2002 permitia o conhecimento de ofício da prescrição que favorecesse absolutamente incapaz, exatamente pela indisponibilidade, que decorre da incapacidade de renunciar. "A relevância da tutela aos incapazes sobrepuja o princípio da disponibilidade das vantagens da prescrição. Mesmo porque o representante não tem disponibilidade sobre os direitos do representado".[24]

18. Perceberam o ponto MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC,* cit., p. 435; ROSENVALD, Nelson. "Prescrição: da exceção à objeção", cit., p. 190; FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direito civil – parte geral.* 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 518.
19. Art. 191 do Código Civil: "A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição".
20. THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao Código Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2, p. 213.
21. "No que diz respeito à substância da reforma, porém, tudo se passa de modo ainda pior. Como se viu pela lição de Câmara Leal anteriormente invocada, não se pode dar ao juiz o poder de conhecer de ofício da prescrição porque este poder é incompatível com a possibilidade de renúncia, pelo devedor, da prescrição que lhe favorece. Ocorre que o legislador deu ao juiz o poder de conhecer de ofício da prescrição mas não retirou do devedor a faculdade de a ela renunciar. Isto torna o direito civil brasileiro, em matéria de prescrição, absolutamente incoerente e, por isso mesmo, assistemático". (CÂMARA, Alexandre Freitas. "Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua", Disponível em www.flaviotartuce.adv.br, consultado em 12.12.2006, 06h30.)
22. Art. 882 do Código Civil: "Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível".
23. MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC,* cit., p. 431.
24. THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao Código Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2, p. 213.

É lícito concluir, portanto, o "sistema do Código Civil está todo comprometido com a livre disponibilidade da prescrição consumada. (...) A estrutura jurídica do sistema é, inquestionavelmente, a de uma exceção de direito material, quer se mantenha ou não a disposição do art. 194 da lei substancial".[25] A alteração legislativa seria aceitável se o sistema das obrigações no direito privado também fosse alterado, o que não aconteceu.

Além disso, é preciso indagar sobre a possibilidade de conhecimento de ofício da prescrição em desfavor do consumidor (art. 5º, XXXII, CF/88[26]), trabalhador (art. 7º, CF/88),[27] idoso (art. 230 da CF/88[28]) e índio (art. 231 da CF/88[29]). Trata-se de grupos humanos protegidos constitucionalmente pelo Estado, que lhes reconhece hipossuficiência bastante para merecer tutela estatal. Não encontraria abrigo constitucional uma interpretação que permitisse que o próprio Estado (Estado-juiz), a quem compete a proteção de tais sujeitos, atuasse *ex officio* para prejudicá-los, reconhecendo uma prescrição que lhes seja desfavorável, sem alegação da parte adversária.[30] Em relação à criança e ao adolescente, também protegidos constitucionalmente, não há problema, pois a *prescrição* não corre em seu desfavor (art. 198, I, Código Civil).

Também não é possível o reconhecimento *ex officio* da prescrição que diz respeito a direitos disponíveis, exatamente porque, em tais casos, é admitida a renúncia (art. 191, CC). Se se admitisse a atuação oficial em tais situações, haveria indevida e inconstitucional invasão na autonomia privada, conforme apontado por Alexandre Câmara e Humberto Theodoro Jr. Porquanto somente possa incidir em relação a direitos indisponíveis, não há necessidade de intimar o devedor para manifestar-se, já que ele não poderia renunciar a ela.[31]

25. THEODORO Jr., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 57.
26. Art. 5º, XXXII, CF/88: "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".
27. TRT 3ª Região, 1ª T., RO n. 81.2006.029.03.00.7, rel. Des. Manuel Cândido Rodrigues, j. 14.11.2006: não se admite o conhecimento *ex officio* da prescrição trabalhista "em face de sua incompatibilidade com os princípios que informam o Direito do Trabalho, sob pena de comprometer-se a própria essência da função teleológica desse ramo jurídico especializado"; "no confronto com a relação de direito civil, a relação trabalhista apresenta esta peculiaridade: a prescrição não beneficia um devedor de qualquer espécie, mas apenas um único tipo de devedor: o empregador. Não afeta o interesse de um sujeito de direito qualquer, mas de apenas um único sujeito de direito: o empregado".
28. Art. 230 da CF/88: "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida".
29. Art. 231 da CF/88: "São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens".
30. Assim, Edilton Meireles, em palestra proferida no III Encontro Baiano de Professores de Direito Processual, evento realizado na Universidade Salvador, outubro de 2006.
31. Há quem exija a intimação do devedor para que seja lícito o reconhecimento *ex officio* da prescrição, exatamente em razão da possibilidade de renúncia (MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC,* cit., p. 434-436; CÂMARA, Alexandre Freitas. "Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e

> "Para renunciar à exceção de prescrição, é preciso que o titular dêsse direito tenha *poder de dispor*. Não porque tal renúncia equivalha, ou tenha o mesmo resultado que a criação de nova dívida, ou exponha o patrimônio...; e sim porque o próprio *ius exceptionis* é elemento da esfera jurídica, ou dêsse patrimônio, tratando-se de exceção a direito patrimonial".[32]

Essas são as premissas.

Agora podemos começar a examinar a mudança legislativa.

Uma advertência: a regra ora comentada é puramente processual.

A prescrição não perdeu a natureza de exceção substancial. Alterou-se o regramento processual da prescrição, que, embora uma exceção substancial, tem regime jurídico de objeção. Não vemos qualquer obstáculo teórico a isso. A possibilidade de conhecimento *ex officio* da prescrição é uma opção legislativa, e não uma exigência teórica,[33] tanto é assim que, em relação à prescrição tributária e à prescrição penal, parece não haver maiores controvérsias quanto à possibilidade de conhecimento *ex officio*. O problema, repita-se, concentra-se na possibilidade de conhecimento *ex officio* da prescrição civil, tendo em vista o seu regime jurídico.

Entendemos que a regra do § 5º do art. 219 do CPC deve ser aplicada apenas para o reconhecimento de prescrição envolvendo direitos indisponíveis,[34] em nenhuma hipótese em sentido desfavorável àqueles sujeitos protegidos constitucionalmente (consumidor, índio, idoso e trabalhador).

Para quem admite a possibilidade de o magistrado conhecer de ofício de prescrição relativa a direito *disponível*, é preciso fazer ainda uma advertência: o magistrado somente poderá fazê-lo até a ouvida do réu. Após a apresentação da resposta pelo réu, o magistrado deve esperar a sua provocação. Como se trata de um direito do réu, não há sentido em conferir-se ao magistrado o poder de exercitá-lo em nome do demandado, que, estando em juízo e podendo exercê-lo, não o exerceu. Seria um esdrúxulo caso de legitimação extraordinária conferida ao magistrado para tutelar direito subjetivo de

inócua", Disponível em www.flaviotartuce.adv.br, consultado em 12.12.2006, 06h30). Partindo da premissa de que não é possível o reconhecimento *ex officio* da prescrição envolvendo direitos disponíveis, não há necessidade da intimação do devedor.

32. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t. 6, § 695, n. 3, p. 269, grifos do original.
33. Já havíamos alertado para isso quando comentamos o art. 194 do Código Civil (DIDIER Jr., Fredie. *Regras processuais no Novo Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 24-25.). Aderiu expressamente ao nosso entendimento, THEODORO Jr., Humberto. "Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho". *Reflexos do Novo Código Civil na legislação processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (coord.) Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2006, p. 202-203.
34. Admitindo o reconhecimento *ex officio* apenas para os direitos indisponíveis, THEODORO Jr., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, cit., p. 66; ROSENVALD, Nelson. "Prescrição: da exceção à objeção", cit., p. 196.

uma das partes. Parece que essa é a única interpretação que compatibiliza as regras materiais (art. 191 e 882, CC-2002, principalmente) e processuais (art. 219, § 5, CPC) da prescrição.

Há, ainda, um forte argumento de caráter sistemático. O art. 112, par. ún., permite, como visto no capítulo sobre competência, o controle *ex officio* da competência territorial, no caso de propositura de demanda em foro contratual reputado abusivo. O magistrado deve, reconhecendo a abusividade da cláusula, remeter os autos ao domicílio do réu. Se o magistrado não proceder ao controle da competência no despacho liminar, e tendo sido citado o réu, que não alegou a ilicitude da cláusula contratual, há preclusão, com a prorrogação da competência do juízo (art. 114 do CPC). O magistrado pode controlar a competência territorial *ex officio*, mas não pode fazê-lo a qualquer tempo. A lógica é a mesma: a regra do art. 112, par. ún., visa proteger o réu, presumindo o legislador (a partir das regras da experiência) que ele teria muita dificuldade de defender-se em um foro determinado em um contrato de adesão que lhe fosse desfavorável; se o próprio réu, já citado, não argüiu o vício, não há mais qualquer sentido na atuação estatal oficiosa, pois a premissa que a baseava desapareceu com o silêncio do demandado. A norma que permite o conhecimento de-ofício da prescrição é, também, uma norma de proteção do réu, partindo da presunção (reforçada pelas regras da experiência), de que o devedor normalmente costuma alegar a prescrição[35]); se ele, citado, não alega a prescrição, deixa de haver razão para que o Estado interfira no âmbito da autonomia privada. A identidade de *ratio* permite a analogia.

A nova regra consagra, então, um caso de improcedência *prima facie*: decisão de mérito pela improcedência, proferida antes da citação do réu. O magistrado, com base no § 5º do art. 219, no art. 269, IV, e no art. 295, IV, indefere a petição inicial, com resolução de mérito, sem necessidade de ouvir o demandado, já que a decisão lhe favorece. Transitada em julgado a decisão que indeferiu a petição inicial com exame do mérito, deverá o escrivão comunicar ao réu o resultado desse julgamento, até para que ele possa ter conhecimento de uma decisão que, de resto, lhe favorece e que está acobertada pela coisa julgada material (art. 219, §6º, CPC).[36]

3. JULGAMENTO IMEDIATO DE CAUSAS REPETITIVAS

A Lei Federal n. 11.277/2005 consagrou outra hipótese de *improcedência prima facie*, ao criar o art. 285-A ao CPC:

> "Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

35. Percebeu o ponto, com a argúcia habitual, MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*, cit., p. 432.
36. Defendendo a mudança, porquanto parta da premissa de que a prescrição é uma questão de ordem pública, GÓES, Gisele. "A prescrição e a Lei n. 11.280/06". A nova reforma processual. Gustavo Santana Nogueira (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 119-129.

> § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.
>
> § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso".

É preciso fazer algumas observações a esse novo artigo do CPC.

a) Em primeiro lugar, convém fazer um alerta, por mais desnecessário que isso possa parecer: não há qualquer violação à garantia do contraditório, tendo em vista que se trata de um julgamento pela *improcedência*. O réu não precisa ser ouvido para sair vitorioso. Não há qualquer prejuízo para o réu decorrente da prolação de uma decisão que lhe favoreça. Demais disso, não há uma obrigatoriedade de aplicação do dispositivo: pode o magistrado alterar o seu posicionamento anterior e, portanto, não repetir a decisão em um novo processo.

É como afirma Marinoni:

> "Nesses casos não há sequer espaço para pensar em agressão ao direito de defesa, mas apenas em violação ao direito de ação, aí compreendido como o direito de influir sobre o convencimento do juiz. Para se evitar violação ao direito de influir, confere-se ao autor o direito de interpor recurso de apelação, mostrando as dessemelhanças entre a sua situação concreta e a que foi definida na sentença que julgou o caso tomado como idêntico".[37]

Como a apelação do autor permite juízo de retratação, garante-se, assim, o contraditório em favor do autor, que poderá, com as suas alegações, convencer o magistrado do equívoco de sua decisão (art. 285-A, § 1º, CPC).

b) Perceba que essa hipótese de improcedência *prima facie* exige o preenchimento de dois pressupostos.

Em primeiro lugar, a causa precisa ser *unicamente de direito*. Trata-se de causa cuja matéria fática possa ser comprovada pela prova documental.[38] É hipótese excepcional de julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC), que passa a ser autorizado, também, antes da citação do réu, se a conclusão do magistrado é pela improcedência. Antecipa-se ainda mais o momento de julgamento da causa, dispensando não só a fase instrutória, mas inclusive a própria ouvida do réu. É exemplo de decisão definitiva, apta a ficar imune pela coisa julgada material.

37. MARINONI, Luiz Guilherme. "O julgamento liminar das ações repetitivas e a súmula impeditiva de recurso (Leis 11.276 e 11.277, de 8.2.06)". Disponível em: www.professormarinoni.com.br, consultado em 18.04.2006, às 15h10.
38. Neste sentido, corretamente, DIAS, Jean Carlos. "A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro – Lei n. 11.277". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 37, p. 63-64.

Em segundo lugar, o julgamento antecipado é autorizado, nesse momento, se se tratar de causa repetitiva, ou seja, causa que verse sobre questão jurídica objeto de processos semelhantes (e não "idênticos" como se refere o legislador). É o que acontece nos litígios de massa, como as causas previdenciárias, as tributárias, as que envolvem servidores públicos, consumidores etc., sujeitos que se encontram em uma situação fático-jurídica semelhante. Nessas causas, discute-se normalmente a mesma tese jurídica, distinguindo-se apenas os sujeitos da relação jurídica discutida. São causas que poderiam ter sido reunidas em uma ação coletiva. São exemplos: discussão de reajuste para uma categoria profissional, inexigibilidade de certo tributo, determinado direito em face de uma concessionária de serviço público etc. Se o magistrado já tiver concluído, em outros processos, que aquela pretensão não deve ser acolhida, fica dispensado de citar o réu, podendo julgar antecipadamente o mérito da causa. "O dispositivo não autoriza a simples juntada de uma cópia da sentença-tipo, ou seja, uma cópia reprográfica da sentença já proferida, mas sim que seu teor, seu conteúdo, seja reaproveitado para solucionar a nova demanda".[39] É preciso demonstrar que a *ratio decidendi* da sentença-paradigma serve à solução do caso ora apresentado ao magistrado.

> Convém reproduzir o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni, que identifica a existência de um pressuposto implícito para a aplicação do art. 285-A, a conformidade entre o entendimento do magistrado e posicionamento do respectivo tribunal sobre a matéria: "O art. 285-A dá ao juiz o poder de 'indeferir liminarmente' a petição inicial de ação que objetive decisão que já tomou em caso idêntico''. Note-se, porém, que não há qualquer lógica em admitir que o juiz possa julgar conforme o que decidiu em casos idênticos quando o tribunal ao qual é vinculado já firmou jurisprudência predominante ou editou súmula em sentido contrário. No caso em que o tribunal consolidou entendimento sobre a improcedência das demandas idênticas, a rejeição liminar da ação somente poderá observar a orientação do tribunal".[40]

c) A apelação interposta contra essa sentença também permite o juízo de retratação do magistrado (em cinco dias, § 1º do art. 285-A), à semelhança do que já acontece com a apelação interposta contra as demais sentenças de indeferimento da petição inicial (art. 296 do CPC, com a diferença de que, nesse último, o prazo previsto para o juízo de retratação é de 48h).

> Henrique Mouta entende que esta apelação, se alegar *error in iudicando*, somente pode versar sobre a inexistência de semelhança do caso com o precedente. Adotando essa linha de entendimento, o tribunal apenas poderia verificar se há ou

39. DIAS, Jean Carlos. "A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro – Lei n. 11.277", cit., p. 68.
40. MARINONI, Luiz Guilherme. "O julgamento liminar das ações repetitivas e a súmula impeditiva de recurso (Leis 11.276 e 11.277, de 8.2.06)". Disponível em: www.professormarinoni.com.br, consultado em 18.04.2006, às 15h10.

> não semelhança entre as causas, que justifique a aplicação do art. 285-A. E arremata: "...a decisão do tribunal, ao afastar identidade entre os processos, não interfere na interpretação a ser dada ao caso concreto, mesmo que o raciocínio caminhe na mesma direção do paradigma e culmine com a (mais uma vez) improcedência do pedido do autor".[41]
>
> O posicionamento do autor é interessante. Sucede que: a) não há restrição legal à fundamentação desta apelação; b) para que serviria, então, a citação do réu para acompanhar a apelação?; c) tratando-se de causa que dispensa fase instrutória, com manifestação do réu, por que não aplicar o § 3° do art. 515 do CPC? Seguem os nossos comentários.

Há, porém, uma diferença. No caso ora analisado, se o magistrado não se retratar, antes de encaminhar os autos ao tribunal, deverá proceder à citação do réu, para responder ao recurso (art. 285-A, § 2°). De acordo com a regra do art. 296, essa comunicação do demandado estava dispensada. É, pois, regra especial.

As contra-razões do réu terão conteúdo muito semelhante ao de uma contestação, uma vez que se trata de sua primeira manifestação. Além disso, o réu *defenderá* a sentença, reforçando a argumentação do magistrado. Se o réu deduzir fato novo, será preciso intimar o autor para oferecer uma espécie de réplica.

Como se trata de causa cujo julgamento dispensa a produção de outras provas (porque as questões de fato se provam documentalmente), não assustará se o tribunal, acaso pretenda *reformar* essa sentença, ao invés de determinar a devolução dos autos à primeira instância, também examine o mérito e julgue *procedente* a demanda, sob o argumento de que o réu já apresentou a defesa (em forma de contra-razões) e a causa dispensa atividade probatória em audiência (está pronta para ser decidida, em uma aplicação analógica do art. 515, § 3°, CPC).[42] É possível que os tribunais interpretem o dispositivo desta maneira; por isso o réu, em tal situação, deverá fazer as suas contra-razões considerando essa circunstância. A prevalecer esse entendimento, no mandado de citação deverá constar a advertência prevista no art. 285 do CPC (sobre o efeito da não-contestação/contra-razões). Veremos qual será o sentido para onde a jurisprudência vai apontar.

d) Transitada em julgado a decisão que indeferiu a petição inicial com exame do mérito, deverá o escrivão comunicar ao réu o resultado desse julgamento, até para que ele possa ter conhecimento de uma decisão que, de resto, lhe favorece e que está acobertada pela coisa julgada material (art. 219, §6°, CPC, aplicado por analogia).

41. MOUTA, José Henrique. "Processos repetidos e os poderes do magistrado diante da Lei 11.277/06. Observações e críticas". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 37, p. 79
42. Henrique Mouta entende que as contra-razões não podem assumir a natureza de defesa; se a apelação for provida, os autos devem retornar ao juízo *a quo*, intimando-se o réu para apresentar a sua resposta (MOUTA, José Henrique. "Processos repetidos e os poderes do magistrado diante da Lei 11.277/06. Observações e críticas", cit., p. 78).

O Conselho Federal da OAB ingressou com ADI, com objetivo de decretar a inconstitucionalidade do art. 285-A (ADI n. 3695). O Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) pediu para intervir no feito na qualidade de *amicus curiae*, com peça processual produzida por Cassio Scarpinella Bueno. O Min. Cezar Peluso entendeu aplicável o art. 12 da Lei Federal n. 9.868/1999,[43] remetendo ao Pleno do STF a análise sobre o pedido liminar, o que não ocorreu até a data de fechamento desta edição.

43. Art. 12 da Lei Federal n. 9.868/1999: "Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação".

Capítulo XV
Citação

Sumário • 1. Generalidade – 2. A citação como "pressuposto processual" – 3. Comparecimento do réu não-citado – 4. A recorribilidade do "cite-se" – 5. Pessoalidade (art. 215, CPC) - 6. Local (art. 216, CPC) – 7. Impedimento legal para a citação (art. 217, CPC) – 8. Efeitos da citação (à luz do CC-2002) – 9. Modalidades: 9.1. Citação pelo correio; 9.2. Citação por mandado; 9.3. Citação por mandado com hora certa; 9.4. Citação por edital; 9.5. Citação eletrônica.

1. GENERALIDADE

A citação é o ato processual de comunicação ao sujeito passivo da relação jurídica processual (réu ou interessado) de que em face dele foi proposta uma demanda, a fim de que possa, querendo, vir a defender-se ou a manifestar-se. Tem, pois, dupla função: a) *in ius vocatio,* convocar o réu a juízo; b) *edictio actionis,* cientificar-lhe do teor da demanda formulada.

2. A CITAÇÃO COMO "PRESSUPOSTO PROCESSUAL"

A citação não é pressuposto de existência do processo.[1]

Trata-se de condição de eficácia do processo em relação ao réu (art. 219 e 263 do CPC) e, além disso, requisito de validade dos atos processuais que lhe seguirem. A sentença, por exemplo, proferida em processo em que não houve citação, é ato defeituoso, cuja nulidade pode ser decretada a qualquer tempo,[2] mesmo após o prazo da ação rescisória (art. 475-L, I e art. 741, I, CPC-73) – trata-se também de vício "transrescisório", na eloqüente expressão de José Maria Tesheiner.[3] Não se pode confundir nulidade que se decreta a qualquer tempo, como é o caso, com inexistência jurídica.[4]

1. Em sentido contrário, apenas para exemplificar: ALVIM, José Manoel Arruda . *Manual de Direito Processual Civil.* 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 549-550; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença.* 4 ed. São Paulo: RT, 1998, p. 39.
2. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 107-108, especialmente a nota 107; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 11, p. 81-86.
3. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*, cit., p. 283.
4. "... a sentença de que se ocupa este ensaio existe, mas é nula. É ato processual levado a cabo onde, quando, como e por quem devia ser praticado, dentro de uma estrutura processual constituída (ainda que irregularmente), portanto, existente, mas contaminado de vício que lhe é originalmente externo: o processo mesmo que a gerou é radicalmente nulo, pois a citação é requisito de sua validade (CPC, art. 214)". (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória" In: *Ensaios de direito processual.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 254, com amplas referências bibliográficas).

Se já há processo antes da citação – que, a propósito, dá-se em seu bojo –, não se pode considerar como pressuposto de existência fato que está, na linha do tempo, em momento posterior à existência daquilo que se pretende condicionar. "A citação não é pressuposto processual, porque o momento em que deve ser realizada é posterior à formação deste".[5]

Se houver litisconsórcio necessário unitário passivo, a falta de citação de qualquer dos réus torna a sentença, que é ineficaz em relação a qualquer deles, passível de nulificação a qualquer tempo, por provocação, também, de qualquer deles. Se o caso é de litisconsórcio necessário simples, a sentença é válida e eficaz em relação àqueles que participaram do feito, mas ineficaz em relação àquele que não foi citado,[6] isso "porque a sentença, no caso, tem um conteúdo específico em relação a ele e somente em relação a ele".[7] Nesse último caso, somente o litisconsorte preterido teria legitimação para pretender o reconhecimento da ineficácia/nulidade da sentença.[8]

Ademais, sentença proferida sem a citação do réu, mas a favor dele, não é inválida nem ineficaz, tendo em vista a absoluta ausência de prejuízo (art. 249, §§ 1° e 2°, CPC). Aliás, o indeferimento da petição inicial é uma sentença liminar, com (prescrição e decadência) ou sem julgamento do mérito, favorável ao réu e expressamente prevista no direito processual brasileiro.

5. DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. II, p. 504.
6. Barbosa Moreira, que participou da Comissão Revisora do projeto do atual CPC, sugeriu uma mudança de redação do parágrafo único do art. 47 do CPC, para esclarecer que há conseqüências distintas para a falta de citação de um litisconsorte necessário unitário ou simples. Cabe a transcrição das suas ponderações, escritas ainda em 1972: "Agora, o que importa saber é se ainda há de preponderar a conveniência da decisão simultânea, ou se ela deve ceder o passo à conveniência do aproveitamento da atividade processual realizada. Na primeira hipótese, o corolário lógico seria a completa inutilização do que se fez no processo defeituoso: nula a sentença, ter-se-ia de aguardar a instauração de outro feito, com regular integração do contraditório, para disciplinar validamente a situação litigiosa, mesmo quanto aos que houvessem participado do processo anterior; na segunda, permitir-se-á que subsista a regulamentação já fixada para os figurantes, evitando o sacrifício do tempo, do dinheiro e das energias gastas. Esta última solução é a que se nos afigura mais condizente com a função instrumental e a finalidade prática do processo. Daí termos proposto, em nossa emenda, que a sentença definitiva, acaso proferida sem a participação, no feito, de algum litisconsorte necessário seja havida como nula 'se a decisão tinha de ser uniforme em relação a uma das partes e a todas as pessoas que, como seus litisconsortes, deveriam ter integrado o contraditório... – em outras palavras, se o consórcio, além de ser necessário, era também unitário; e 'ineficaz apenas para os que não foram citados, nos outros casos'... Na derradeira hipótese, fica em aberto a solução do litígio quanto às pessoas que, não obstante devessem figurar, de fato não figuraram no processo; mas, para os que dele hajam participado, prevalece o que se decidiu". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 233). Nesse sentido, ainda, GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Eficácia ultra-subjetiva da sentença, litisconsórcio necessário e princípio do contraditório". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1996, n. 84, p. 267; DINAMARCO, Cândido: *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. 2, p. 504.
7. JOBIM, Nelson. "A sentença e a preterição de litisconsorte necessário". *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1983, n. 28, p. 41.
8. JOBIM, Nelson. "A sentença e a preterição de litisconsorte necessário", cit., p. 42.

3. COMPARECIMENTO DO RÉU NÃO-CITADO

O réu não-citado pode comparecer ao processo e alegar somente a inexistência ou a invalidade da citação: a) decretada a nulidade: considerar-se-á feita a citação na data em que o réu ou seu advogado for intimado desta decisão; b) não decretada a nulidade: o processo segue regularmente.

Pode o réu, ainda, comparecer ao processo alegando a invalidade/inexistência de citação e, ao mesmo tempo, oferecer a defesa: a) com pedido de novo prazo de defesa, tendo em vista a declaração da nulidade da citação e a necessidade de dispor de um prazo útil para produzir a defesa: concessão pelo juiz do prazo de defesa previsto em lei; b) sem pedido de prazo de defesa: o juiz, mesmo declarando a nulidade da citação, considera suprida a falha pelo comparecimento do réu e apresentação da defesa.

4. A RECORRIBILIDADE DO "CITE-SE"[9]

O centro da discussão consiste em saber se o "cite-se" é despacho ou decisão interlocutória.

Tratando-se de decisão interlocutória, seria recorrível (conforme art. 522 do CPC). Já se for considerado mero despacho, seria irrecorrível (na letra do art. 504 do CPC), vez que não possuiria conteúdo decisório apto a gerar prejuízos aos litigantes, sua função seria simplesmente ordinatória, no sentido de dar impulso ao processo; faltaria interesse recursal, requisito de admissibilidade dos recursos.

> "Todo despacho é de mero expediente. São atos do juiz destinados a dar andamento ao processo, não possuindo nenhum conteúdo decisório. Se contiver nele embutido um tema decisório capaz de causar gravame ou prejuízo à parte ou interessado, não será despacho mas sim decisão interlocutória. Isto ressalta cristalino do sistema do código.
>
> O que a lei quis salientar, quando acrescentou ao termo despacho a locução 'de mero expediente' no art. 504, foi a irrecorribilidade daqueles atos judiciais. Vale dizer, a lei afirma irrecorríveis os 'despachos' porque são atos 'de mero expediente', incapazes de causar gravame à falta de conteúdo decisório".[10]

Segundo Barbosa Moreira[11] e Rita Gianesini, o "cite-se" é decisão que admite a petição inicial, julgando-a apta a desencadear o processo. Adotando-se este entendimento, em tese, a ordem de citação da parte adversa sempre conteria teor decisório, devendo-se considerá-la recorrível (na forma do art. 522 do CPC).

9. Escrito com o imprescindível apoio de Rafael Oliveira, Professor-Assistente do Curso de Especialização em Direito Processual Civil.
10. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria Geral dos recursos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 206.
11. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Novo Processo Civil brasileiro*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 21 e 22.

> Rita Gianesini defende sempre ter o "cite-se" conteúdo decisório, jamais podendo ser considerado mero impulso processual do juiz, vez que "pode prejudicar, e às vezes o faz, o réu, que passa a participar de determinada relação processual indefinidamente, até obter pronunciamento judicial, que, a rigor, deveria ter sido proferido no limiar do processo".[12]
>
> Já para Teresa Arruda Alvim Wambier, o despacho que recebe a ação e determina que se efetive a citação não tem conteúdo decisório, "não significa de modo algum que se esteja reconhecendo estarem presentes as condições da ação, os pressupostos processuais positivos etc. Não há, assim, *decisão* a esse respeito, até porque não há decisões implícitas no direito brasileiro".[13]

Mas consideramos que a problemática não pode ser analisada abstratamente, visto que o caráter decisório do "cite-se" só pode ser aferido à luz do caso concreto. Ou seja, a recorribilidade dessa ordem emanada do juiz depende da existência de interesse recursal (noção diretamente conectada à existência de gravame). Assim, deve-se questionar, caso a caso, se há ou não interesse recursal.

Em sendo o interesse recursal a exigência de atendimento ao binômio utilidade/necessidade, define-se que "o recurso é útil se, em tese, puder trazer ao recorrente alguma vantagem sob o ponto de vista prático" (...) e "necessário se se constituir na única via hábil à obtenção do benefício desejado pelo recorrente".[14] Conforme Barbosa Moreira, afere-se a "utilidade da *providência* judicial pleiteada" e "necessidade da *via* que se escolhe para obter essa providência".[15]

Com olhos voltados ao caso concreto, a regra é, se o ato judicial que determina a citação causar gravame considerável, torna-se necessária e útil a interposição de recurso, que será via adequada para melhorar a situação da parte-ré prejudicada; nestes casos, a ordem de citação assume a condição de decisão recorrível.

Um caso elucidativo é o da ordem de citação sem a prévia apreciação de pedido de concessão do benefício da gratuidade, caso em que se pode opor embargos declaratórios por omissão e, empós, até mesmo, recurso de agravo.

5. PESSOALIDADE (ART. 215, CPC)

Regra geral: a citação far-se-á na pessoa do réu. A *citação do relativamente capaz*: na sua pessoa e na do seu assistente; *citação do absolutamente incapaz:* na pessoa do

12. Rita Gianesini sustenta, por demais, que o "cite-se" seria impugnável por agravo de instrumento com efeito suspensivo, mas, ressalta que não seria esta a solução ideal, sugerindo "seja introduzida no nosso direito positivo a possibilidade de o réu apresentar defesa prévia, que poderá ser recebida no efeito suspensivo a fim de proporcionar uma reanálise das condições indispensáveis para o desenvolvimento regular do processo". (Da recorribilidade do "cite-se". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 939 e 943).
13. *Os agravos no CPC brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 82.
14. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 52 e 53.
15. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil.* V. V. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 297.

seu representante; *citação das pessoas jurídicas e pessoas formais* (art. 12): a) União, Estados, DF, territórios: por seus procuradores; b) municípios: prefeito ou procurador; c) autarquias: presidente, diretor ou órgão que a lei instituidora indicar; d) massa falida: síndico; e) herança jacente ou vacante: curador; f) espólio: inventariante. Se inventariante dativo: todos os herdeiros (art. 12, § 1º); g) pessoas jurídicas de direito privado: por quem os seus estatutos designarem ou, não designando, por seus diretores ou pessoa com poderes de gerência geral ou de administração (art. 12, VI, c/c art. 223, par. ún.);[16] h) sociedades sem personalidade: pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens; i) *pessoas jurídicas estrangeiras*: pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil; j) *condomínio*: pelo administrador ou síndico.

É possível, porém, a citação do réu na pessoa do seu advogado, quando esse tiver poder especial para isso ou nas hipóteses de ações incidentes, como a oposição, a reconvenção, os embargos à execução, a liquidação de sentença, os embargos de terceiro etc.

Os §§ do art. 215, CPC, cuidam de situação em que se presume a representação: a) do mandatário, administrador, feitor ou gerente em relação ao réu ausente, quando a ação se originar de atos por eles praticados; b) do administrador do imóvel encarregado de receber os aluguéis, quando o locador se ausentar do Brasil sem cientificar o locatário de que deixou, na localidade em que se situa o imóvel, procurador com poderes para receber citação. Cita-se o curador, com nomeação restrita à causa, quando o réu sofrer de algum distúrbio ou estiver impossibilitado de receber a citação (art. 218, §3º).

6. LOCAL (ART. 216, CPC)

Regra geral: em qualquer lugar em que se encontre o réu. A situação do militar: em serviço ativo, só será citado na unidade em que estiver servindo, se não for conhecida a sua residência ou nela não for encontrado.

7. IMPEDIMENTO LEGAL PARA A CITAÇÃO (ART. 217, CPC)

Salvo se para evitar perecimento de direito, não se fará citação: a) a quem estiver assistindo a qualquer ato de culto religioso; b) ao cônjuge ou a qualquer parente do morto, consanguíneo ou afim, em linha reta, ou na linha colateral em segundo grau, no dia do falecimento e nos sete dias seguintes; c) aos noivos, nos três primeiros dias de bodas; d) aos doentes, enquanto grave o seu estado. Superado o impedimento, a citação far-se-á normalmente. A restrição legal se refere apenas à pessoa do réu, de modo que, se ele dispuser de procurador com poderes adequados, poderá ser citado.[17]

16. Nos Juizados Especiais, porém, há regra especial, que admite que o "encarregado da recepção" possa receber a citação da pessoa jurídica (art. 18, II, Lei Federal n. 9.099/1995).
17. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 191.

Agora é permitida a citação do funcionário público em repartições públicas, expressamente vedada anteriormente. Ora, normalmente a citação é endereçada à residência do citando, e não ao seu local de trabalho, muito embora seja lícito o envio de correspondência a esse local.

8. EFEITOS DA CITAÇÃO (À LUZ DO CC-2002)[18]

Antes de citado, o sujeito indicado como réu é tão-somente parte na *demanda*. Um dos efeitos da citação é justamente o de completar a estrutura tríplice da relação jurídica processual. Vale dizer: não tem ela, a citação, como comumente se diz, o condão de proporcionar a *formação do processo*. O processo já existe desde o momento em que foi ajuizada a ação, aliás, como já visto.

A citação válida gera efeitos de ordem processual e material. No CPC, é o art. 219 que regula os efeitos da citação.

Um deles, na seara processual, é a litispendência. Litispendência é palavra que assume dois significados: a) pendência da causa, o percorrer criativo desta existência;[19] b) "Pressuposto processual" negativo, que obsta a repropositura de demanda ainda pendente de análise. O art. 219 cuida da litispendência no primeiro sentido. Cumpre advertir que a litispendência só é induzida com a citação em relação ao réu; para o autor, litispendência já existe a partir da propositura da demanda (art. 263 do CPC): "Por isto, para o demandante é com a propositura da ação que se estabelece a litispendência e, pois, para ele, é esse o marco inicial da litigiosidade".[20] A demanda, como se sabe, é a relação jurídica substancial deduzida em juízo, materializada na petição inicial. Ela existe, pois, independentemente da citação do réu. Por isso, segundo a lúcida lição de Antônio Dall'Agnol, *"a litispendência não parece ser efeito da citação válida (salvo quanto à pessoa do réu), mas da propositura da ação"*,[21] já que, completamos, desde que proposta a ação, a demanda já foi deduzida e, pois, não pode ser reproduzida.

Ademais, citação tem por efeito tornar litigiosa a coisa ou o direito objeto da demanda.

Controverte-se, na doutrina, se a litigiosidade é efeito da citação ou da litispendência. "A litigiosidade não é efeito da citação, mas da litispendência. A citação é apenas

18. Escrito com o imprescindível auxílio de Rafael Oliveira, Professor-assistente do Curso de Especialização em Direito Processual Civil.
19. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 97.
20. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 102.
21. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 2. São Paulo: RT, 2000, p. 507. O autor ainda prossegue: "A ação já pende, linearmente, entre o autor e o juiz antes da citação. Com essa, desde que válida, angularizando-se a relação processual, o efeito – já existente – atinge a pessoa do réu (*rectius*, do citado)" (*Ob. cit.*, p. 507-508).

o marco inicial, e o caráter litigioso da coisa é *post* e não *propter citationem*".[22] "É evidente, portanto, que a litigiosidade não decorre nem da propositura da demanda, nem da citação, mas exatamente do fluir da demanda, da litispendência, em suma, perdurando, em razão disso, para além daqueles marcos, que são apenas determinantes do seu início".[23] Consequentemente, para o autor a coisa torna-se litigiosa desde a propositura da demanda.

Dessa forma, sobrevindo a citação válida, para o réu a coisa torna-se litigiosa, embora já o fosse para o autor. A litigiosidade da coisa repercute processualmente: a alienação da coisa ou do direito, já então litigioso, não altera, segundo a dicção do art. 42, *caput*, do CPC, a legitimidade das partes, que continuarão a possuir capacidade específica (legitimidade) para permanecer atuando no processo, ativa ou passivamente. É por isso que não cabe, por exemplo, à parte ré, que cedeu o direito objeto do litígio durante o trâmite do processo, alegar, após a alienação, a sua ilegitimidade passiva *ad causam*.

Questões específicas.

a) Trata-se de efeito material ou processual da citação? Para Theodoro Jr. e Nelson Nery Jr., trata-se de efeito de ordem processual. Resolve a questão Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: "Discute-se, em doutrina, se a litigiosidade, como efeito da litispendência, produz efeitos materiais ou apenas processuais. Na verdade, a litigiosidade compartilha das duas ordens de efeitos; há efeito material porque age para fora do processo e a eficácia da sentença em relação ao adquirente é um dos exemplos mais evidentes (art. 42, § 3º); processual porque interfere no processo mesmo, daí, *v. g.*, a não alteração de legitimidade das partes (art. 42, *caput*), a possibilidade de substituição (art. 42, § 1º) ou de inserção do adquirente no processo (art. 42, § 2º)".[24]

b) E se feita a citação por juízo incompetente? O art. 219, CPC, não ressalva esta situação, como o faz com a constituição em mora e com a interrupção da prescrição. "Embora a lei processual silencie a respeito, entendemos que a ineficácia da citação, daí decorrente, cessa no momento em que desaparecer o vício da incompetência e a litigiosidade nascerá no momento em que se verificar prorrogação da competência, se possível, ou em que o juiz competente assumir o processo".[25]

c) E se houver litisconsórcio passivo? "A citação de cada um dos litisconsortes irá determinando o marco inicial, sem que, para isso, seja necessário o chamamento ao processo de todos. O art. 241, II, refere-se apenas ao prazo para a resposta".[26]

22. HÉLIO TORNAGHI, *Comentários ao CPC*, p. 156.
23. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 97.
24. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa.* cit, p.98.
25. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa.* cit, p.103-104.
26. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 104.

Outro efeito processual da citação válida é que o juízo onde ela se deu primeiramente, nos casos de conexão ou continência com outro processo, em trâmite perante juízo de distinta competência territorial, será o prevento para efeito de modificação da competência.[27]

A citação válida também produz efeitos no âmbito do direito material.

De acordo com os arts. 219 do CPC e 405 do CC-2002, a partir dela se constitui em mora o devedor.[28] Interromperá a prescrição mesmo quando ordenada por juiz incompetente, pois vale como interpelação ou notificação (art. 397, par. ún., CC-2002).

> Conceito de mora: é o retardamento ou imperfeito cumprimento da obrigação. É a impontualidade culposa.
>
> *Mora solvendi* ou do devedor: configura-se quando o inadimplemento da obrigação se dá por parte deste.
>
> Mora *ex re:* mora em razão de fato previsto em lei. Ocorre quando há inadimplemento de obrigação positiva (dar e fazer) e líquida (valor certo), que tenha data fixada para o seu cumprimento. O descumprimento acarreta automaticamente a mora, sem necessidade de qualquer providência do credor (o dia do vencimento interpela o homem, art. 397, CC-2002). Ocorre também quando se tratar de obrigação negativa, desde o dia em que executar o ato de que se devia abster (art. 390, CC-2002). Por último, haverá mora *ex re*, quando da prática de ato ilícito, desde o momento em que foi praticado (art. 398 do CC-2002).[29]
>
> Mora *ex persona:* ocorre quando a obrigação não tiver data fixada para o seu cumprimento, dependendo de providência do credor. Aqui, o devedor só se incorrerá em mora pela notificação, interpelação ou protesto (art. 397, par. ún., CC-2002).

Também conforme o art. 219, a citação válida interrompe a prescrição. Esse último efeito material ocorrerá mesmo que o ato da citação haja sido ordenado por juízo incompetente.

Significativa mudança no regramento da prescrição, com imediato reflexo no Código de Processo Civil, deu-se no rol de fatos jurídicos que interrompem o fluxo do prazo prescricional: em vez de a citação pessoal ser o fato interruptivo do curso desse prazo, como previa o inciso I do antigo art. 172 do CC-1916, agora se estabelece o "despacho

27. Quando tiverem a mesma competência territorial, a prevenção se dá em favor daquele que despachou primeiro (art. 106 do CPC). Em causas coletivas, a prevenção dar-se-á com a propositura da demanda (art. 2º, par. ún., Lei Federal n. 7.347/85).
28. Nos casos em que a dívida perseguida é líquida e tem termo certo, constitui-se em mora o devedor desde o momento em que a dívida se venceu (art. 397, *caput*, do CC-2002); quando não tem termo certo, constitui-se o devedor em mora pela interpelação judicial ou extrajudicial (art. 397, p. único, do CC-2002). Nos casos de prática de ato ilícito, a mora se constitui desde a data do evento (art. 398 do CC-2002). Assim, a mora de que ora se trata refere-se aos casos em que, inexistindo termo certo, o devedor não foi constituído em mora por meio de interpelação.
29. Enunciado n. 54 da súmula da jurisprudência predominante do STJ: "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual."

do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação" como aquele apto a interromper o seu transcurso.[30]

Cumpre advertir que não é qualquer despacho liminar que interrompe a prescrição. É necessário que o magistrado tenha feito um juízo positivo, ainda que prévio/precário, da admissibilidade da causa (verificação da existência das condições da ação e pressupostos processuais), convocando o réu ao processo. Despacho que determina a emenda da petição inicial, por exemplo, não interrompe a prescrição, tampouco a sentença que indeferiu a petição inicial. Eventual extinção do processo sem julgamento do mérito, após a citação, não impede que se considere interrompida a prescrição – deve o autor lembrar, no entanto, que a prescrição somente se interrompe uma vez (art. 202, *caput*, CC-2002).

Como, então, o art. 202 do CC-2002 repercutiu no CPC-73?

O art. 219 do CPC-73, em consonância com o CC-1916, previa a citação válida como fato interruptivo da prescrição. Há, pois, nítida incompatibilidade entre os dispositivos, que tratam do mesmo assunto – a norma do art. 219 do CPC é, ademais, no particular, heterotópica, por versar sobre causa de interrupção da prescrição. Está revogado o Código de Processo Civil, pois lei posterior, também de cunho geral, regulou idêntica matéria, incidindo o §1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil:[31] o que interrompe a prescrição é o despacho citatório e não mais a citação válida.

Seguiu o legislador do Novo Código a linha do que já se estabelecia para a prescrição da execução (art. 617 do CPC), inclusive a fiscal (art. 8º, §2º, Lei Federal n. 6.830/80).[32]

Elaborado o painel que confronta o art. 202, I, CC-2002, com a legislação processual, não se pode dizer, contudo, que todo o regramento da interrupção da prescrição, previsto no CPC-73, foi revogado.

De fato, o §1º do art. 219 desse Código determina que a interrupção da prescrição deve retroagir à data da propositura da demanda. Considera-se proposta a demanda, na forma do art. 263 do CPC-73,[33] na data da distribuição ou do despacho liminar, quando aquela não for necessária (quando houver apenas um juízo com um juiz). Perceba-se que, no segundo caso, se o despacho liminar for positivo (determinou a citação), não haverá que se falar em retroação da data da interrupção da prescrição, que se interrompeu no mesmo momento em que a demanda se considera proposta.

30. Em sentido contrário, desconsiderando a mudança e entendendo que a citação válida interrompe a prescrição, com efeitos retroativos à data do despacho, Carlos Roberto Gonçalves. *Principais inovações no Código Civil de 2002.* São Paulo: Saraiva, 2002, p. 33.
31. "§1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".
32. § 2º do art. 8 da Lei Federal n. 6.830/80: "O despacho do juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição".
33. Art. 263 do CPC-73: "Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado".

Parece-nos totalmente aplicável o dispositivo, dês que se leve em consideração que o fato interruptivo é o despacho citatório. Determinada a citação pelo magistrado, interrompida estará a prescrição; sucede que a lei processual impõe que se a considere interrompida desde a data da propositura da causa, como medida de tutela jurídica do credor, plenamente aplicável no particular. O §1° do art. 219 do CPC-73 segue a sorte do *caput* desse dispositivo: como este foi parcialmente revogado, passa agora o parágrafo a "servir" à regra contida no art. 202 do CC-2002, como seu complemento. Ademais, deve-se lembrar que este parágrafo teve a sua redação alterada pela Lei Federal n. 8.952/94, exatamente para beneficiar o credor – mesmo intuito da nova legislação codificada –, consolidando entendimento doutrinário e jurisprudencial da época.[34] Eis como compatibilizamos a nova regra do CC-2002 com o regime da interrupção da prescrição contido no CPC.[35]

Além disso, conforme prevê o próprio texto do inciso I do art. 202 do CC-2002, a citação deve ser feita no prazo que determina a lei processual, que o regula nos §§ 2° e 3° do mesmo art. 219[36] (ambos ainda em pleno vigor).

Por fim, uma observação à parte. Não cuidou o Código da interrupção da decadência. Fê-lo muito bem. Não há como interromper-se prazo decadencial. Houve proposta de emenda ao CC-2002, em que se pretendeu estender à decadência o efeito interruptivo da prescrição decorrente da citação em juízo. Em sentido contrário, salientou o relatório da Comissão Revisora, de que foi relator o Min. Moreira Alves: "A decadência só se aplica a direitos potestativos, que são direitos sem pretensão, e, portanto, insusceptíveis de violação. Assim sendo, somente quando, para o exercício do direito potestativo, é preciso usar de ação judicial, é que se vai a Juízo (para, por exemplo, exercer direito de anular negócio jurídico). Ora, o simples ajuizamento da ação, que é instrumento do exercício desse direito potestativo, significa que a parte está exercendo o seu direito. Por isso, e não porque haja interrupção ou suspensão do prazo de decadência, é que esse direito não mais decai: o exercício afasta a decadência, pois esta só ocorre se o direito não é exercido".[37]

Obrigação da parte de promover a citação (§§ 2° a 4° do art. 219). O autor deverá providenciar tudo quanto seja possível para promover a citação do réu. Terá 10 dias para isso. Não conseguindo, poderá requer a prorrogação desse prazo por no máximo 90 dias. Realizando-se a citação em momento posterior a esse prazo, haver-se-á por não interrompida a prescrição no momento da propositura da ação, mas apenas da data em que se ultimou a diligência.

34. Sobre os antecedentes da reforma do §1° do art. 219 do CPC, ver Cândido Dinamarco. *A Reforma do Código de Processo Civil.* 4 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 78-79.
35. Conferir, com absoluta precisão, STOLZE e PAMPLONA FILHO. *Novo Curso de Direito Civil,* v. I, p. 499.
36. §§ 2° e 3° do art. 219 do CPC. "§2° Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário. §3° Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias".
37. *A Parte geral do Projeto de Código Civil,* p. 157.

> "Tem significado bastante escasso e pouco pode fazer o autor para que a citação se consume: aforada a inicial sem vícios e com o nome e endereço do réu corretamente indicados, feito o preparo inicial, depositados os recursos necessários à diligência, nada mais lhe resta fazer. Os advogados mais diligentes procuram obter a rápida expedição de mandado, entram em contato com o oficial de justiça, oferecem-lhe condução, mas tais atos são informais, muito embora úteis. (Dinamarco) O risco de que reste à parte algum ato a praticar para que a citação se perfectibilize é mínimo: se a citação for postal, bastam o requerimento e o fornecimento da cópia da inicial; se por mandado, dado o despacho, tudo o mais incumbe à Justiça; se por edital, a diligência da parte será para a entrega ao órgão oficial e jornais, quando necessário, do teor do edital a ser divulgado, que deverá ter sido fornecido pela Justiça".[38]

Permanece plenamente aplicável o entendimento fixado pelo STJ no enunciado n.° 106 de sua súmula, segundo o qual a parte não pode ser prejudicada pela demora na diligência de citação do réu, se esta demora não lhe for imputável.[39] Ainda que não se refira o entendimento sumular especificamente à demora do magistrado em proferir o despacho citatório, o mesmo raciocínio aqui deverá ser aplicado, pois o ato a que se condiciona a interrupção da prescrição (despacho) não depende da vontade ou da diligência da parte, não se lhe podendo, por isso, imputar o prejuízo de qualquer demora.

Por outro lado, o regramento do CC-2002, relativo à interrupção da prescrição traz uma inovação quanto aos prazos prescricionais civis: a possibilidade de que sejam interrompidos apenas uma vez (art. 202, *caput*, do CC-2002). Desse modo, tendo havido a interrupção da prescrição já uma vez, por qualquer das causas previstas no rol do art. 202 do CC-2002, ainda que sobrevenha outra daquelas situações, já não mais será interrompido novamente.[40]

De acordo com o art. 202, parágrafo único, do CC-2002, uma vez interrompido pela citação, somente recomeça a correr o prazo prescricional a partir do último ato do processo (que, se for o cognitivo, será o trânsito em julgado). Diante disso, afirma Humberto Theodoro Jr. que, "se a ação principal for proposta após a ação preparatória ou cautelar, a prescrição interrompida pela citação naquelas primitivas causas não sofrerá nova interrupção em razão do ato citatório do novo processo. Mas o efeito que impede a contagem do prazo prescricional enquanto pende o feito em juízo (art. 202, parágrafo único), que teve começo no processo primitivo, perdurará enquanto não se encerrar o processo principal, dado o vínculo de acessoriedade que há entre eles".[41]

38. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil.* s/e. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 104.
39. Eis o exato teor da Súmula 106/STJ: "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência".
40. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil,* vol. 3, tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 255.
41. Idem, ibidem, p. 255.

Registre-se aqui a concepção de Humberto Theodoro Jr. sobre a necessidade de interrupção do prazo prescricional, tanto na citação do processo de conhecimento, quanto na citação do processo de execução do título judicial. Interpretando a regra do art. 202, parágrafo único do CC-2002, o autor faz a supracitada sugestão, exatamente para evitar que a continuação da contagem do prazo prescricional após o fim do processo de conhecimento inviabilizasse a pretensão executiva (a real tutela pretendida) do autor. A lição do mestre mineiro é acolhida para a exegese do parágrafo único do art. 202 do CC-2002. Contudo, com a Lei Federal n. 11.232/2005, não há mais necessidade de instauração de um processo autônomo de execução de sentença proferida no processo civil, que se efetivará em fase de um processo sincrético, com intimação do executado (e não sua citação). Não há, pois, necessidade de duas citações e, pois, interromper duas vezes a prescrição. É preciso, portanto, entender historicamente a idéia de HumbertoTheodoro Jr., que é plenamente aplicável às situações consolidadas antes da vigência da Lei Federal n. 11.232/2005.

9. MODALIDADES

9.1. Citação pelo correio

É a regra geral. Não depende de requerimento da parte. Modalidade de citação instituída pelo CPC/73, seguindo os passos de leis protecionistas como a trabalhista e a de alimentos, sendo espécie de citação real, na medida em que depende da efetiva entrega da correspondência ao citando.

Há casos, porém, em que é inadmissível (art. 222 do CPC): a) ações de estado; b) quando for ré pessoa incapaz; c) quando for ré pessoa de direito público; d) nos processos de execução;[42] e) quando o réu residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência; f) quando o autor requerer de outra forma.

Requisitos da correspondência (art. 223, CPC): a) se fazer acompanhar de cópia da petição inicial; b) se fazer acompanhar de cópia do despacho do juiz; c) advertência do art. 285, segunda parte, se o litígio versar sobre direitos disponíveis (art. 223, *caput*, c/c o art. 225, II); d) indicação do prazo para a resposta; e) indicação do juízo e cartório por onde tramita o processo; f) indicação do endereço do cartório. Não é mais exigido o odioso requisito de que conste no envelope postal o timbre do Poder e a indicação de que se trata de correspondência citatória. Protege-se, assim, o direito à intimidade, constitucionalmente garantido.

42. Por razões de ordem pragmática: é muito mais ágil, portanto mais conveniente ao próprio exeqüente, a expedição de um mandado só, em cumprimento ao qual, automaticamente, o oficial de justiça passa da citação à penhora e subsequente intimação do executado, sem maiores necessidades burocráticas. Se feita pelo correio, seria necessário esperar o aviso de recepção e só depois expedir o mandado para penhorar. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 415.

> Em 2006, com a reforma do § 5º do art. 219, CPC, o legislador *radicalizou*, permitindo o conhecimento *ex officio* de qualquer prescrição. As considerações críticas sobre o assunto já foram feitas no capítulo dedicado ao estudo do julgamento liminar da demanda.

Entrega da correspondência: regra geral: diretamente ao citando, se pessoa física, exigindo assinatura do recibo; a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração, se o citando for pessoa jurídica, exigindo a assinatura do recibo. A citação é realizada por meio de carta registrada com aviso de recepção (AR). Poderá ser feita para qualquer comarca do país. Muito embora a lei apenas mencione as comarcas, também se deve entender como abrangente das seções judiciárias. Trata-se de ato processual complexo, porquanto só se perfectibilize com a juntada do AR aos autos, a partir de quando começa a correr o prazo de resposta.

> "Em caso de recusa de recebimento ou de assinatura do recibo: reputa-se frustada a diligência, já que o carteiro não tem fé pública, restando ao autor a requerer por mandado, cobrando ao réu as custas da diligência fracassada".[43]

9.2. Citação por mandado

Mandado é a instrumentalização do ato do juiz pelo escrivão, que o assina. Trata-se de citação feita pelo oficial de justiça.

É admissível: a) nos casos das alíneas "*a*" a "*f*" do art. 222; b) quando frustrada a citação pelo correio.

Requisitos do mandado: a) nomes do autor e do réu; b) domicílios ou residências do autor e do réu; c) o fim da citação com todas as especificações constantes da petição, daí a necessidade de uma contrafé da petição inicial (art. 225, par. ún., CPC); d) advertência a que se refere o art. 285, segunda parte (se o litígio versar sobre direitos cujos fatos que o embasem admitam confissão); e) cominação (alguma ordem do juiz), se houver; f) dia, hora e lugar do comparecimento, se for o caso; g) cópia do despacho; h) indicação do prazo para defesa; i) assinatura do escrivão e a declaração de que o subscreve por ordem do juiz.

Formalidades: a) leitura do mandado pelo oficial; b) entrega da contrafé; c) certidão de recebimento ou recusa da contrafé; d) obtenção da nota de ciente ou certidão de que o réu não a apôs no mandado.

Citação em comarcas vizinhas ou pertencentes à mesma região metropolitana. O CPC mitigou o princípio da territorialidade da jurisdição. As mitigações, entretanto, têm as suas próprias limitações: a) as permissões são apenas para os atos de comunicação, sem estender àquelas que importem constrição patrimonial; b) apenas em comarcas contíguas ou da mesma região metropolitana.

43. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. II. p. 221.

9.3. Citação por mandado com hora certa

Trata-se de hipótese de citação ficta ou presumida. Entende-se que seja inadmissível no processo de execução por quantia certa, tendo em vista o procedimento da pré-penhora (art. 653 do CPC).

Pressupostos a) objetivo: procura do réu por três vezes em dias distintos (aplicação analógica do parágrafo único do art. 653 do CPC) em seu domicílio ou residência sem encontrá-lo; b) subjetivo: suspeita de ocultação; o oficial deverá, pois, indicar expressamente os fatos evidenciadores da ocultação maliciosa.

Procedimento (art. 228): a) o oficial intimará qualquer pessoa da família ou, em sua falta, vizinho que, no dia imediato, voltará a fim de efetuar a citação na hora que determinar – o terceiro há de ser pessoa capaz, de nada valendo a intimação se se tratar de criança ou interdito; b) hipótese de desfazimento da suspeita: citação normal; c) hipótese de a pessoa, a quem se pôs a hora certa (pessoa da família ou vizinho) não estar presente no momento marcado: não importa.

Complemento: envio de correspondência pelo escrivão (art. 229) ao citado. Muito embora obrigatória, essa comunicação não integra os atos de solenidade da citação.

> Na citação por hora certa, a remessa pelo escrivão da carta, telegrama ou radiograma dando ciência ao réu da citação é requisito obrigatório e, se não efetuada, acarreta a nulidade da citação. Se a certidão do oficial de justiça não explicita os dias e os horários em que realiza as diligências a procura do réu, também acarretará a nulidade da citação por hora certa. Precedentes citados: REsp 280.215-SP, DJ 13/8/2001, e REsp 473.080-RJ, DJ 24/3/2003. REsp 468.249-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 5/8/2003.

Havendo revelia, o magistrado deverá proceder à nomeação de curador especial ao réu (art. 9°, II).

9.4. Citação por edital

Também hipótese de citação ficta. Se houver revelia, nomeia-se curador especial para promover a defesa do réu revel fictamente citado.

Admissibilidade (art. 231/CPC): a) quando desconhecido o réu: não se sabe quem deve ser citado; b) quando incerto o réu: não se pode individualizar o citando dentre várias pessoas possíveis; c) quando ignorado o lugar em que o réu se encontra: não se sabe onde o réu está; d) quando incerto o lugar em que o réu se encontra: sabe-se do território onde o réu pode se encontrar, mas não se sabe precisar com exatidão o endereço, por exemplo; e) quando inacessível o lugar onde o réu se encontra: sabe-se o lugar exato, mas é ele inacessível em razão de guerra, revolução, epidemia ou recusa de cumprimento de carta rogatória, caso em que a notícia da citação deverá ser divulgada por rádio, se houver; f) nos casos expressos em lei (*v. g.* arts. 999, 953, 968, 908, I).

Responsabilidade do promovente da citação-edital (art. 233, CPC): se o autor agir maliciosamente, fazendo afirmação falsa, além de ser nula a citação (art. 247, CPC),

incorrerá em multa de cinco vezes o salário-mínimo vigente na sede do juízo, que reverterá em benefício do citando. O CPC condiciona a punição à conduta dolosa da parte, que se equipara ao erro grosseiro.

9.5. Citação eletrônica

A Lei Federal n. 11.419/2006 criou e regulamentou o *processo eletrônico.* No *processo eletrônico,* o Poder Judiciário vale-se de sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

No processo eletrônico, todas as citações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico, na forma dessa Lei (art. 9°).

Se a citação *viabilizar* o acesso do demandado à íntegra do "processo" ("autos eletrônicos"), será considerada como *vista pessoal* do interessado para todos os efeitos legais (art. 9°, § 1°).

Quando, por motivo técnico, for inviável o uso do meio eletrônico para a realização da citação, esse ato processual poderá ser praticado segundo as regras ordinárias, digitalizando-se o documento físico, que deverá ser posteriormente destruído (art. 9°, § 2°).

Considera-se "transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores" (art. 1°, II, da Lei Federal n. 11.419/2006). A prática de atos processuais em geral por meio eletrônico será admitida mediante uso de assinatura eletrônica, na forma do art. 1° dessa Lei, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos (art. 2° da Lei Federal n. 11.419/2006).

A *citação eletrônica,* embora prevista em lei, será menos freqüente do que a *intimação eletrônica,* certamente de uso mais generalizado, pois dependerá, em princípio, do conhecimento, pelo autor ou pelo Poder Judiciário, do endereço eletrônico do demandado – e, ainda assim, será preciso confirmar se esse endereço é o correto, de modo a evitar fraudes.

A principal utilidade do novo instituto será, ao que parece, para os casos de: a) "citação" (comunicação de uma demanda) em demandas incidentais, em que se possa fazê-la diretamente ao advogado da parte, como no caso da oposição, reconvenção, liquidação de sentença, embargos de terceiro, cumprimento da sentença e embargos à execução; b) citação de litigantes habituais (bancos, concessionárias de serviço publico etc.), que firmem com o Poder Judiciário um convênio para estabelecer o endereço eletrônico em que receberão as citações (já existentes em alguns Estados, consoante lembrança de Alexandre Freitas Câmara, *em conversa eletrônica mantida com o autor deste curso*); c) entes públicos, que tenham também firmado convênio com o Poder Judiciário, como já ocorre, por exemplo, nos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado da Bahia.

Em processos individuais autônomos, envolvendo *litigantes eventuais*, dificilmente a citação eletrônica poderá ser utilizada.

CAPÍTULO XVI

RESPOSTA DO RÉU E REVELIA

Sumário • 1. Teoria geral da exceção: 1.1. Acepções; 1.2. Exceção em sentido material e exceção em sentido processual; 1.3. Da exceção como direito de defesa; 1.4. Ação *versus* exceção – 2. Espécies de defesa: 2.1. Mérito/admissibilidade; 2.2. Objeções/exceções; 2.3. Peremptória/dilatória; 2.4. Direta/indireta (classificação das defesas substanciais); 2.5. Instrumental/interna – 3. A contestação: 3.1. Noção geral; 3.2. A regra da eventualidade ou concentração da defesa; 3.3. Crítica à interpretação literal do art. 301 do CPC. Quebra do dogma da primazia da defesa de admissibilidade sobre a defesa de mérito; 3.4. Ônus da impugnação especificada; 3.5. Forma e requisitos; 3.6. Pedido do réu; 3.7. Aditamento e indeferimento da contestação – 4. Reconvenção: 4.1. Noções gerais; 4.2. Impossibilidade de ampliação subjetiva do processo ("reconvenção subjetivamente ampliativa"); 4.3. Requisitos; 4.4. Diferença entre reconvenção e ação declaratória incidental (ADI); 4.5. Reconvenção e substituição processual – 5. Exceções instrumentais: 5.1. Generalidades; 5.2. Arguição de impedimento e suspeição; 5.2.1. Generalidades; 5.2.2. Impedimento do tribunal ou da maioria absoluta do tribunal; 5.2.3. Impedimento e suspeição de outros sujeitos da relação jurídica processual; 5.2.4 Eficácia externa da argüição de suspeição/impedimento; 5.3. Exceção de incompetência – 6. A revelia: 6.1. Noção; 6.2. Efeitos; 6.3. Mitigações à eficácia da revelia; 6.3.1. A confissão ficta não é efeito necessário da revelia; 6.3.2. Revelia não implica necessariamente vitória do autor; 6.3.3. Matérias que podem ser alegadas após o prazo de defesa; 6.3.4. Proibição de alteração de pedido ou da causa de pedir, bem como de propor declaração incidente (art. 321, CPC); 6.3.5. Intervenção do réu-revel; 6.3.6. Necessidade de intimação do réu revel que tenha patrono; 6.3.7. Possibilidade de ação rescisória por erro de fato; 6.3.8. *Querela nullitatis*; 6.4. Revelia na reconvenção.

1. TEORIA GERAL DA EXCEÇÃO

1.1. Acepções

Exceção é palavra polissêmica na dogmática jurídica: possui sentidos pré-processual, processual e substancial. Esses sentidos seguem, *mutatis mutandis*, a mesma linha das acepções conferidas à palavra "ação", o que possibilita desenhar um paralelo entre elas. Qualquer que seja a acepção dada, o emprego da expressão "exceção" pressupõe a condição de demandado.[1]

No sentido pré-processual, exceção pode ser entendida como o direito abstrato de defesa, de fundo constitucional.

Na acepção processual, exceção é o meio pelo qual o demandado se defende em juízo, representando, neste último caso, o exercício concreto do direito de defesa. Exceção é, pois, a própria defesa. Em sentido processual ainda mais restrito, exceção seria uma espécie de matéria que não poderia ser examinada *ex officio* pelo magistrado.

Em sentido material, exceção relaciona-se com a pretensão (essa relação entre os institutos é fundamental para a sua compreensão), sendo um direito de que o demandado se vale para opor-se à pretensão, para neutralizar-lhe a eficácia – é uma situação jurídica que a lei material considera como apta a impedir ou retardar a eficácia de determinada

1. FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 49.

pretensão (situação jurídica ativa), espécie de contradireito do réu em face do autor: é uma pretensão que se exerce como contraposição à outra pretensão.[2]

1.2. Exceção em sentido material e exceção em sentido processual

A relação que se deve fazer entre a exceção em sentido processual e a exceção em sentido material é a mesma que se faz entre a ação processual de hoje e a *actio* romana: a partir do momento em que o direito material foi desvinculado do processo, não mais se justifica baralhar os conceitos, embora institutos distintos tenham o mesmo nome.[3] Cabe à legislação civil o tratamento das exceções substanciais; a legislação processual, por sua vez, cuida da normatização do exercício do direito de defesa, incluindo aí exceções de cunho eminentemente processual (o que reforça a autonomia entre o processo e o direito material), como é o caso da incompetência do juízo.

Cabem, porém, algumas considerações sobre as exceções substanciais, notadamente porquanto o seu regime jurídico repercute na atuação judicial das partes e do magistrado.

A exceção substancial, para ser conhecida pelo juiz, precisa ser exercida pelo demandado. Não pode, de regra, o magistrado conhecer *ex officio* dessa exceção.[4] Não alegada a exceção substancial no momento da contestação, ocorre a preclusão, salvo se a lei expressamente permitir a alegação a qualquer tempo, o que é raro (ex.: prescrição, art. 193 do CC-2002). A exceção opera no plano da eficácia:[5] não pretende o demandado extinguir a pretensão contra si exercida, mas apenas retirar-lhe a eficácia. Quem excetua não nega a eficácia, busca neutralizá-la ou retardá-la.[6] A exceção, como reverso da pretensão, prescreve no mesmo prazo desta (art. 190 do CC-2002).[7] São exceções substanciais, por exemplo, a prescrição, o direito de retenção e a exceção de contrato não cumprido.

2. Também considerando a exceção substancial um contradireito: André Fontes, *A pretensão como situação jurídica subjetiva*, p. 49. "Não se pode excepcionar quando se quer, e sim quando alguém avança contra o que tem o *ius exceptionis*". MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4 ed. São Paulo: RT, 1984, t. 6, p. 24.
3. Mais ou menos como afirmado no texto, André Fontes. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*, p. 49.
4. O Código Civil de 2002 inovou no particular, pois relativizou a vetusta regra, ao permitir que a prescrição, quando beneficie incapaz, possa ser conhecida de ofício pelo magistrado (art. 194, CC-2002).
5. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4 ed. São Paulo: RT, 1984, t. 6, p. 10-11.
6. "A exceção é direito negativo; mas, no negar, não nega a existência, nem a validade, nem desfaz, nem co-elimina atos de realização da pretensão..., só encobre a eficácia do direito". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4 ed. São Paulo: RT, 1984, t. 6, p. 10-11) "Ao contrário de negar o direito em vias de exercício, a exceção supõe esse direito, mas supõe também um outro que toca ao excipiente". (THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. II, p. 183)
7. Resolveu o legislador do Novo Código Civil questão assaz tormentosa, pois não havia no CC-1916 disposição semelhante, o que gerava muitas dúvidas sobre a incidência dos prazos prescricionais para a exceção. Sobre a prescritibilidade das exceções, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4 ed. São Paulo: RT, 1984, t. 6, p. 24-25.

Extremados os conceitos, o que é fundamental, cumpre advertir que muito da construção doutrinária sobre a exceção (feita em época em que não se distinguiam os planos material e processual do ordenamento jurídico, e, portanto, os sentidos processual e material do vocábulo "exceção")[8] pode e deve ser aproveitado, desde que se tome o cuidado de não misturar as coisas.

1.3. Da exceção como direito de defesa

Do mesmo modo que se fala do direito de ação como o direito de provocar a atividade jurisdicional, relacionando-o com o autor (demandante), fala-se da exceção como o direito do réu de resistir à postulação que lhe foi formulada, de ser ouvido e de ter, como conseqüência, uma decisão que aprecie a postulação do autor. Ambos são assegurados constitucionalmente (art. 5º, XXXV e LV, CF/88).

Tem o réu, uma vez demandado, tanto quanto o autor, direito à decisão de mérito; a necessidade de o autor não poder prescindir do consentimento do réu para desistir da demanda, se já tiver havido apresentação da resposta, é sinal inequívoco neste sentido. No entanto, do mesmo modo que se entende o direito de ação como um direito abstrato – desvinculado da existência ou não do direito material alegado –, também a exceção se apresenta como um direito abstrato: tem direito de defesa mesmo aquele que, afinal, se mostre sem razão.

> Grinover, Dinamarco e Cintra bem sintetizam o tema: "Tomada nesse sentido, da exceção é lícito afirmar que configura um direito análogo e correlato à ação, mais parecendo um particular aspecto desta: aspecto esse que resulta exatamente da diversa posição que assumem no processo os sujeitos da relação processual. Tanto o direito de ação como o de defesa compreendem uma série de poderes, faculdades e ônus, que visam à preparação da prestação jurisdicional".[9]

Importante frisar que, do mesmo modo que o direito de ação não se exaure com a propositura da demanda, "o direito de defesa não é apenas a apresentação da resposta, mas a possibilidade conferida ao réu de, efetivamente, reagir em juízo para que seja negada a tutela jurisdicional ambicionada pelo autor. Assim como o direito de ação, o direito de defesa se desdobra em um conjunto de garantias que confere ao réu a possibilidade de apresentar as suas alegações, produzir as suas provas, recorrer etc".[10] Pode-se pensar, assim, em uma noção estática (a primeira) e em uma noção dinâmica (a segunda) do direito de defesa.

Como desdobramento disso, tem-se que, assim como o autor, também o réu tem direito a um procedimento adequado, em que possa exercer o seu direito de defesa de uma forma adequada, como manifestação das garantias da inafastabilidade da apreciação

8. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4 ed. São Paulo: RT, 1984, t. 6, p. 6.
9. *Teoria geral do processo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, n. 167, p. 273.
10. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 230.

do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88), do contraditório (art. 5º, LV, CF/88) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88). Sucede que "nem todo procedimento, ainda que formalmente perfeito, atende ao direito de defesa, sendo necessário averiguar, em face do seu desenho legal, e a partir de um ângulo externo, se ele está de acordo com as necessidades do direito substancial e com os valores da Constituição. Em outras palavras, a lei, ao limitar o exercício do direito de defesa (reservando exceções para outra demanda), ao limitar o exercício do direito à prova, ou ainda ao inverter o ônus da prova, deve estar atenta às necessidades do direito substancial e aos valores constitucionais. O réu também tem direito ao procedimento adequado".[11]

1.4. Ação *versus* exceção

Para exemplificar o que até então se disse, bem como estabelecer uma correlação entre "ação" e "exceção", temos o seguinte quadro:

SENTIDO	AÇÃO	EXCEÇÃO
Pré-processual	Ação como direito abstrato de provocar a atividade jurisdicional do Estado-juiz (sentido estático).	Exceção como direito abstrato de defesa em processo judicial (sentido estático).
Processual	Ação como exercício do direito abstrato de provocar a atividade jurisdicional do Estado-juiz (ação concretamente exercida: sentido dinâmico).	Exceção como exercício do direito abstrato de defesa em processo judicial (defesa concretamente exercida: sentido dinâmico).
Material	Ação como o próprio direito material em exercício. Como se viu, trata-se de acepção antiga, oriunda do Direito Romano, que não distinguia entre relação jurídica processual e relação jurídica material deduzida no processo.	Exceção como situação jurídica, que a lei material considera como apta a impedir ou retardar a eficácia de determinada pretensão manifestada pelo autor.

Por ora o que interessa é o estudo da exceção como situação jurídica do demandado.[12] A exceção, assim, será estudada, a partir de agora, como o direito de defesa concretamente exercido, isto é, em sentido exclusivamente processual. Elabora-se, então, uma tipologia das defesas: a) admissibilidade e mérito; b) direta e indireta; c) dilatória e peremptória; d) objeção e exceção (em sentido estrito); e) interna e instrumental.

11. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil.* 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 231.
12. ROCHA, José Albuquerque. *Teoria Geral do Processo.* 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 184.

2. ESPÉCIES DE DEFESA

2.1. Mérito/admissibilidade

a) Processuais ou de admissibilidade: são as defesas que têm por objeto os requisitos de admissibilidade da causa (condições da ação e pressupostos processuais). Dizem respeito a questões puramente processuais – ao menos em termos de direito positivo, pois o nosso sistema acolheu a tese de que as questões relacionadas às condições da ação não são questões de mérito. O objetivo do demandado é questionar a viabilidade de apreciação do mérito. A formulação de defesa contra a admissibilidade, que traz ao processo questão preliminar, impõe a intimação do demandante para a réplica (art. 327 do CPC).

b) São defesas de mérito: aquelas que o demandado opõe contra a pretensão deduzida em juízo pelo demandante (objeto litigioso), quer para neutralizar os seus efeitos, quer para retardar a produção destes mesmos efeitos (exceções dilatórias de mérito), quer para negá-los peremptoriamente. Cumpre advertir que pode uma defesa de mérito ter por objeto uma questão processual. Isso porque é possível que o mérito seja composto exclusivamente por questões processuais, como ocorre, *v. g.*, na ação rescisória (incisos II e IV do art. 485 do CPC, p. ex.) e nos embargos à execução (art. 741, I, do CPC). É por isso que preferimos, para evitar confusões desnecessárias, a expressão *"defesa contra a admissibilidade"*, em vez de *"defesa processual"*.

2.2. Objeções/exceções

Exceção é sinônimo de defesa, isso já foi visto. Chama-se, porém, de *exceção* (em sentido estrito) a alegação de defesa que, para ser conhecida pelo magistrado, precisa ter sido arguida pelo interessado.

Costuma-se dizer que as exceções substanciais não podem ser conhecidas *ex officio*. Esta afirmação, que certamente decorre da origem histórica do instituto "exceção",[13] vista no item anterior, é verdadeira para a generalidade dos casos. No entanto, o CC-2002 parece ter excepcionado a regra, ao permitir que o magistrado examine de ofício a prescrição que beneficie incapaz (art. 194 do CC-2002) – trata-se de autorização sem precedentes históricos. Em dezembro de 2004, a Lei de Execução Fiscal foi alterada (Lei Federal n. 6.830/1980), para permitir que o magistrado, desde que ouça a Fazenda Pública, conheça *ex officio* da prescrição intercorrente em matéria fiscal (art. 40, § 4º).[14]

Em 2006, com a reforma do § 5º do art. 219, CPC, o legislador radicalizou, permitindo o conhecimento *ex officio* de qualquer prescrição, revogando, assim, o art. 194 do CC, que permitia apenas o conhecimento *ex officio* da prescrição a favor de absolutamente incapaz. As considerações críticas sobre o assunto já foram feitas no capítulo dedicado ao estudo do julgamento liminar da demanda.

13. Amaral Santos já apontava que o conteúdo da *exceptio* está próximo do conteúdo da exceção substancial moderna (*Da reconvenção no direito brasileiro,* p. 57)
14. "Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato."

Convém atentar para a seguinte característica: o demandado, ao alegar uma exceção substancial, admite os fatos trazidos pelo autor como fundamento de sua pretensão, mas exercita um direito que lhe neutraliza a eficácia (eis a razão da redação do art. 326 do CPC). Essa circunstância é muito importante, pois, se o demandado assim proceder, o demandante fica desonerado do seu ônus da prova (art. 333, I, do CPC), tendo em vista a incontrovérsia do fato constitutivo do seu direito (art. 334, III, do CPC).

Basicamente, não se permite ao magistrado o conhecimento de ofício de exceções substanciais por serem elas espécie de contradireito do réu em face do autor. Como contradireito, pode ser objeto de demanda autônoma. Assim, violaria o princípio da demanda (arts. 128 e 460 do CPC) o magistrado que levasse em consideração *exceções substanciais* não alegadas pelo réu.[15] São exemplos de exceção substancial: a prescrição; o direito de retenção (art. 1.219 do CC-2002); exceção de contrato não cumprido (art. 476 do CC-2002) etc. A compensação (arts. 368-380, CC-2002), embora não seja rigorosamente uma exceção substancial, é um contradireito que também não pode ser conhecido *ex officio* pelo magistrado.

Também existem exceções (em sentido estrito) de conteúdo processual, como é o caso da incompetência relativa[16] e do compromisso arbitral (art. 301, §4°, CPC), ambas matérias que não podem ser examinadas de ofício pelo magistrado.

Não se deve, portanto, considerar que toda exceção em sentido estrito é substancial nem que toda exceção substancial é exceção *stricto sensu*.[17]

Considera-se *objeção* a matéria de defesa que pode ser conhecida *ex officio* pelo magistrado.

Existem objeções substanciais, como é o caso da decadência legal, do pagamento e das causas de nulidade absoluta do negócio jurídico (art. 168, par. ún., e art. 424 do CC 2002; art. 51 do Código de Defesa do Consumidor), e processuais, como as questões relacionadas às condições da ação e aos pressupostos processuais (art. 267, § 3°, do CPC).

Também aqui se vêem as marcas da história: tinha essa característica (de poder ser conhecida de ofício pelo magistrado) a antiga objeção do direito romano, que era uma

15. "Assim, por exemplo, a compensação, o direito de retenção, a '*exceptio inadimpleti contractu*', configuram outras tantas situações na qual o réu poderia propor contra o autor uma ação autônoma. Tendo ele a faculdade de propor ou não esta ação, e não podendo o juiz dar andamento, de ofício, a uma ação dessa natureza, é lógico sustentar que essas mesmas situações, quando utilizadas como exceções, somente poderiam ser invocadas por petição da parte. O juiz não poderia invocar a exceção, pela mesma razão porque não poderia fazê-la como ação". (COUTURE, Eduardo. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: RedLivros, 1999, p. 65.)
16. Há polêmica quanto à possibilidade de reconhecimento *ex officio* da incompetência relativa, como foi visto no capítulo sobre competência.
17. Não se pode esquecer, nunca é demais repetir, que o instituto da exceção tem a sua origem no direito material. O direito processual quando o incorporou, certamente o fez influenciado pelas construções dogmáticas da época. Exceção, para o processo, é defesa; é uma expressão genérica que engloba todas as alegações do demandado; exceção, no direito material, é uma determinada situação jurídica subjetiva passiva, que tem o objetivo de neutralizar determinada eficácia jurídica.

figura de direito material relacionada ao sujeito passivo das obrigações, que, em vez de encobrir a eficácia da pretensão (característica da exceção substancial), visa extingui-la, eliminá-la. Enquanto a exceção substancial não discute a pretensão, a objeção a questiona, a nega. O acolhimento da objeção substancial reconhece a extinção da pretensão; o acolhimento da exceção reconhece a sua ineficácia. É importante, assim, distinguir a exceção substancial da objeção substancial.

Explica Pontes de Miranda:

> "O excipiente recusa-se a satisfazer a pretensão porque a eficácia dessa está encoberta. Não objeta, não alega fato extintivo ou modificativo, ou que teria impedido o nascimento do direito do demandante. Nas objeções não há alegações de direitos, mas de fatos; nas exceções, há exercício de direitos, por meio de alegações e oposições".[18]

Na mesma linha, com outros argumentos, Calmon de Passos, que procura demonstrar a causa do tratamento diferenciado destas defesas de mérito.

> "Há fatos extintivos ou impeditivos que, embora provados nos autos, não impedem que o juiz prolate uma sentença favorável ao autor, podendo ele, portanto, deixar de levá-los em consideração, por motivo de não terem sido alegados pelo réu. E assim agindo, o julgador não profere uma sentença injusta, no sentido de sentença que inova contra o direito. Outros fatos extintivos ou impeditivos existem, contudo, que, uma vez provado nos autos, reclamam a consideração do magistrado, sob pena de, desconhecendo-os, proferir uma sentença injusta, por inovar contra o direito.[19] No primeiro caso, diz-se que o fato extintivo é uma exceção; e porque não determinando sua existência, necessariamente, obstáculo à prolação de uma sentença justa, reclama-se a iniciativa do interessado para que ele seja devidamente considerado pelo juiz, sob pena de estar violando o princípio dispositivo, que lhe impede tomar a iniciativa de tutela do interesse das partes. No segundo caso, cuida-se de uma objeção, porquanto a sua existência impede a prolação de uma sentença favorável, que será sempre injusta (contrária ao direito), se não forem aqueles fatos levados em consideração pelo juiz, tenha ou não havido provocação do interessado".[20]

O CPC não cuida expressamente das objeções substanciais. O magistrado pode conhecê-las *ex officio*, no entanto, por força do arts. 303, II, e 462, ambos do CPC. Não obstante a redação do art. 327 do CPC aparentemente referir-se apenas às exceções substanciais, impõe-se a intimação para a réplica também quando o réu alegar objeção.[21]

18. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 3 ed. São Paulo: RT, 1984, t. XXII, p. 28-29.
19. É como diz Eduardo Couture: "Se o juiz fôsse constrangido a condenar a um novo pagamento de uma dívida já liquidada, o processo seria um meio de criar direitos novos, o que, segundo a doutrina que estamos estudando, seria absolutamente contrário aos seus fins". (COUTURE, Eduardo. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: RedLivros, 1999, p. 66).
20. PASSOS, José Joaquim Calmon. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. III, p. 255.
21. PASSOS, José Joaquim Calmon. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. III, p. 407.

A distinção entre *objeção* e *exceção* ganhou relevo, nos últimos tempos, com o recrudescimento da denominada *exceção de não-executividade*, defesa interna ao processo de execução formulada pelo executado, sem garantia do juízo. Para uns, somente seria possível a *objeção de não-executividade*, pois somente as matérias que podem ser conhecidas de ofício poderiam ser alegadas sem a necessidade de penhora (garantia do juízo); para outros, qualquer matéria defensiva poderia ser aduzida, desde que comprovada documentalmente (por isso o termo "exceção", que, como visto, pode assumir a acepção ampla de "defesa", qualquer uma).

Exceção

- **Como instituto de direito material** – Direito oposto pelo sujeito passivo que visa a impedir ou retardar a eficácia jurídica da pretensão (exceção de contrato não-cumprido, direito de retenção etc.).
- **Como instituto de direito processual** – Qualquer defesa, e, em sentido estrito, aquela que não pode ser conhecida de ofício pelo magistrado.
  - **Processual** – Ex.: exceções de incompetência relativa e compromisso arbitral.
  - **Substancial** – Ex.: compensação etc.

Objeção

- **Como instituto de direito material** – Fato oposto pelo sujeito passivo que visa a negar a própria pretensão (decadência, pagamento etc.).
- **Como instituto de direito processual** – Qualquer defesa que possa ser conhecida de ofício pelo magistrado.
  - **Processual** – Ex.: pressupostos de admissibilidade da demanda – pressupostos processuais e condições da ação.
  - **Substancial** – Ex.: decadência legal, pagamento etc.

2.3. Peremptória/dilatória

Exceção dilatória é aquela que apenas dilata no tempo o exercício de determinada pretensão. São exemplos: nulidade de citação; conexão; incompetência (salvo nos Juizados Especiais, art. 51, III, Lei Federal n. 9.099/95, e no § 1º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal); exceção de contrato não cumprido; direito de retenção etc. Como se percebe, é possível a existência de exceção dilatória de mérito e de admissibilidade – normalmente, costuma-se restringir as exceções dilatórias ao rol das defesas processuais, o que é grave equívoco.

Exceção peremptória é aquela que objetiva perimir o exercício da pretensão, fulminá-lo. São espécies de exceção peremptória: prescrição, carência de ação; compensação; pagamento etc. Aqui, também, visualizam-se exceções peremptórias de mérito e de admissibilidade.

Esta classificação remonta a Gaio, jurisconsulto romano, e foi inicialmente feita para *exceptio* romana, figura de direito material. Dizia-se que as *exceptiones* peremptórias

seriam perpétuas, pois poderiam ser opostas a qualquer tempo, e as dilatórias, temporais, porquanto eram oponíveis durante um determinado prazo.[22]

2.4. Direta/indireta (classificação das defesas substanciais)

Considera-se *defesa direta* aquela em que o demandado se limita (a) a negar a existência dos fatos jurídicos constitutivos do direito do autor ou (b) negar as consequências jurídicas que o autor pretende retirar dos fatos que aduz (embora reconheça a existência dos fatos, nega-lhes a eficácia jurídica pretendida, em conduta que se denomina de confissão qualificada). O réu, ao assim defender-se, não aporta ao processo nenhum fato novo. Se a defesa do réu limitar-se à impugnação direta, não haverá necessidade de réplica – manifestação do autor sobre a contestação (arts. 326-327 do CPC). Só se pode falar de defesa direta de mérito, pois todas as defesas processuais são indiretas.[23]

O demandado apresenta *defesa indireta* quando agrega ao processo fato novo, que impede, modifica ou extingue o direito do autor. Isso acontece quando o demandado aduz uma exceção substancial (defesa indireta de mérito que não pode ser conhecida *ex officio* pelo magistrado – art. 326 do CPC) ou uma objeção substancial (defesa de mérito que pode ser examinada de ofício pelo magistrado). Se houver defesa indireta, haverá necessidade de réplica, pois o autor tem o direito a manifestar-se sobre o fato novo que lhe foi deduzido. A existência de defesa indireta repercute na distribuição do ônus da prova, que é do réu em relação aos fatos novos (art. 333, II, CPC), e na possibilidade de cisão da confissão, que a princípio é indivisível (art. 354 do CPC[24] – *confissão complexa*).

2.5. Instrumental/interna

Considera-se *exceção interna* aquela que pode ser formulada no bojo dos autos em que está sendo demandado o réu. A maioria absoluta das exceções pode ser formulada internamente.

No entanto, é possível, e muita vez ocorre, que o legislador imponha determinada forma para o exercício da exceção, que implique processamento autônomo, com autuação própria. Chama-se de *exceção instrumental* aquela que, para ser apreciada, exige a formação de um instrumento (autos próprios; conjunto de documentos) autônomo e apensado aos autos principais. Trata-se de opção legislativa que se funda em critérios eminentemente operacionais, notadamente para facilitar o manejo da documentação

22. TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano.* São Paulo: RT, 1996, p. 97-98.
23. "As defesas processuais são todas indiretas, porque não vão diretamente à situação de direito material nem se destinam a obter para o réu uma sentença de mérito favorável..." (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros, 2001, v. II, p. 324.)
24. "A confissão é, de regra, indivisível, não podendo a parte, que a quiser invocar como prova, aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável. Cindir-se-á, todavia, quando o confitente lhe aduzir fatos novos, suscetíveis de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção."

processual. Ao determinar a autuação separada da exceção, visa o legislador "isolar" a discussão relacionada àquela específica matéria de defesa, impedindo a mistura da documentação e, por conseqüência, o tumulto processual. São exemplos de exceção dilatória instrumental a incompetência relativa, o impedimento e a suspeição (art. 304 do CPC). Curiosamente, o CPC-73 reservou o vocábulo "exceção" para designar apenas esse tipo de defesa (arts. 304 e segs.), o que, como se pôde perceber, é manifesto equívoco.

3. A CONTESTAÇÃO

3.1. Noção geral

A contestação está para o réu como a petição inicial está para o autor. Trata-se do instrumento da exceção exercida (exercício do direito de defesa), assim como a petição inicial é o instrumento da demanda (ação exercida). É pela contestação que o réu apresenta a suma dos seus argumentos de defesa.

A elaboração da contestação deve obedecer a duas regras: a) a concentração da defesa ou regra da eventualidade; b) o ônus da impugnação especificada.

3.2. A regra da eventualidade ou concentração da defesa

A regra da eventualidade (*Eventualmaxime*) ou da concentração da defesa na contestação significa que cabe ao réu formular toda sua defesa na contestação. Toda defesa deve ser formulada de uma só vez como medida de previsão *ad eventum*, sob pena de preclusão. O réu tem o ônus de alegar tudo o quanto puder, pois, caso contrário, perderá a oportunidade de fazê-lo.

> O princípio da eventualidade aplica-se, em uma acepção mais ampla, ao autor e ao réu.
>
> "Os litigantes devem produzir as suas alegações simultaneamente, quando a lei assim o disponha. Ainda que as alegações sejam excludentes, deve-se proceder assim na previsão, *in eventum*, de que uma delas seja rechaçada, cabendo então considerar a subsequente. (...) Uma expressão exagerada, mas ilustrativa do princípio de eventualidade, e da necessidade de evitar a preclusão das alegações logicamente anteriores, contém-se no seguinte dístico clássico: 'Primeiro, não me deste dinheiro algum; segundo, já o devolvi faz um ano; terceiro, disseste que era um presente; e, finalmente, já prescreveu".[25]

Da mesma forma que o autor pode cumular pedidos, própria ou impropriamente, pode o réu cumular defesas, própria ou impropriamente. Haverá cumulação própria de defesas quando o réu apresentar defesa contra vários pedidos que lhe foram apresentados também em cumulação própria: cada defesa faz o contraponto a um pedido e o demandado deseja que todas elas sejam acolhidas. Haverá cumulação eventual de defesas quando o réu alega uma defesa para a hipótese de a outra, anteriormente formulada, não ser acolhida; aliás,

25. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: RedLivros, 1999, p. 132-133.

isso é o que normalmente ocorre, pois o réu, preocupado com a observância da regra da eventualidade, apresenta rol exaustivo de defesas. A uma defesa processual, o réu soma uma defesa de mérito para o caso de aquela não ser acolhida.

> Oportuna a lição de Cândido Dinamarco, que relaciona a regra da eventualidade com a eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 474 do CPC): "Essa faculdade bastante larga repercute nos limites da eficácia preclusiva da coisa julgada, pela qual a sentença passada em julgado fica imune a qualquer alegação que pudesse pôr em dúvida a estabilidade dos seus efeitos. Ao impedir o conhecimento de qualquer questão referente a processo já extinto, quer as que ali foram suscitadas e discutidas, quer as que não o foram embora pudessem sê-lo (o deduzido e o dedutível), o art. 474 do Código de Processo Civil transmuda em autêntico ônus do réu o exercício das faculdades inerentes à eventualidade da defesa – porque, ou ele alega todas as defesas que tiver, ou não poderá alegá-las mais, depois que o mérito for julgado e a sentença ficar coberta pela coisa julgada".[26]

O art. 301 do CPC lista um rol de defesas processuais que devem ser apresentadas na contestação, antes de o réu discutir o mérito da demanda. Ei-las:

a) Incompetência absoluta do juízo: a primeira que deve ser suscitada. Se a parte não deduzir a incompetência no prazo de contestação, responderá integralmente pelas custas (art. 113, § 1º). O réu deve pedir a invalidação dos atos decisórios porventura já praticados e a remessa dos autos ao juízo competente. As principais considerações sobre o tema foram feitas no capítulo sobre competência.

b) Nulidade ou inexistência de citação: trata-se de defesa dilatória, pois o máximo que o réu poderá conseguir com o acolhimento da sua alegação é a renovação do prazo para a apresentação da sua resposta.

c) Inépcia da petição inicial: não é somente a inépcia da petição inicial que pode ser alegada pelo réu, mas, também, qualquer outro defeito do instrumento da demanda. Cumpre lembrar uma lição já ministrada: o eventual acolhimento da alegação de defeito da petição inicial, formulada pelo réu, não implicará indeferimento da petição inicial, que já fora deferida, mas extinção do processo em razão da falta de um requisito processual de validade.

d) Perempção, litispendência e coisa julgada: trata-se, como já se viu no capítulo sobre pressupostos processuais, de requisitos processuais negativos, pois são fatos que não podem ter ocorrido para que o processo se instaure regularmente.

e) Ausência dos requisitos de admissibilidade do processo: o réu alegará a falta de condições da ação e de qualquer dos pressupostos processuais.

f) Conexão e continência: conforme já estudado no capítulo sobre competência.

g) Convenção de arbitragem: a inexistência de convenção de arbitragem, compromisso arbitral ou cláusula compromissória, é "pressuposto" de desenvolvimento válido e

26. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 3, p. 469.

regular do processo. Sobre o regime processual da convenção de arbitragem, ver o capítulo sobre a "extinção do processo", no item respectivo.

h) Falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar: falta de pagamento de honorários advocatícios de processo extinto sem julgamento do mérito, quando o autor intente a mesma ação, falta de depósito obrigatório na ação rescisória, falta de caução *pro expensis* prevista no art. 835 do CPC etc.

> O juiz poderá conhecer de ofício de todas essas matérias, salvo do compromisso arbitral (art. 301, §4º, CPC).

Há, no entanto, matérias que a própria lei impõe sejam alegadas em peça distinta da contestação: a) incompetência relativa; b) impedimento e suspeição do magistrado, perito etc.; c) impugnação ao valor da causa; d) pedido de revogação da justiça gratuita concedida ao autor.

Há, também, matérias que podem ser alegadas após a apresentação da contestação (art. 303 do CPC): a) que se refiram a *direito superveniente*: se se trata de fato ou situação jurídica que surgiu após a apresentação da defesa, e que é relevante para o julgamento da causa, obviamente o réu poderá alegá-lo posteriormente à apresentação da contestação (inciso I, em consonância com o art. 462 do CPC);[27] *b) objeções:* se se trata de matéria que o magistrado pode conhecer *ex officio*, não haverá preclusão decorrente da não-dedução dela na peça principal de defesa (inciso II); *c) matérias que, por força de lei, podem ser deduzidas a qualquer tempo:* há, ainda, matérias que a lei autoriza sejam deduzidas a qualquer tempo, independentemente da circunstância de poder ou não ser examinada *ex officio*, como é o caso da decadência convencional (arts. 210-211 do CC-2002).

> A flexibilidade que a lei confere à regra da eventualidade, quando aplicada ao réu, não encontra precedente em favor do autor, limitado que está às regras de estabilização do processo previstas nos arts. 264 e 294 do CPC.[28] Assim, em homenagem ao princípio da isonomia processual, convém que o art. 462 do CPC, que cuida do fato superveniente relevante para o deslinde do feito, seja interpretado com certa elasticidade, para permitir, também e em certas circunstâncias, uma quebra da eficácia preclusiva da regra da eventualidade em favor do autor.

3.3. Crítica à interpretação literal do art. 301 do CPC. Quebra do dogma da primazia da defesa de admissibilidade sobre a defesa de mérito

O art. 301 do CPC determina que cabe ao réu, antes de discutir o mérito da causa, apresentar a sua defesa contra a admissibilidade do processo, apontando os vícios que porventura comprometam a validade do procedimento. Assim, as defesas do réu deveriam

27. Segundo Dinamarco, o art. 303, I, autoriza que o réu alegue não só fatos ou situações jurídicas supervenientes, como também fatos já acontecidos à época da contestação, mas até então desconhecidos pelo réu (*Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 3, p. 470.)
28. TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil.* São Paulo: RT, 2004, p. 230.

ser apresentadas em forma de *cumulação imprópria*: primeiro as defesas de admissibilidade e, em seguida, para o caso de não-acolhimento delas, as defesas de mérito.

A regra parte da premissa teórica da primazia das questões de admissibilidade em relação às questões de mérito. Nesse sentido, a análise daquelas deve preceder à análise dessas.

A previsão normativa merece uma aplicação não literal.

Primeiramente, é preciso compreender os requisitos de admissibilidade do processo como requisitos de validade. A falta de um requisito de validade somente pode gerar *inadmissibilidade* (invalidade do procedimento) se houver prejuízo ao interesse protegido pela exigência formal que foi desrespeitada. É por isso que o § 2º do art. 249 do CPC determina que "quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta". A falta de um requisito de admissibilidade que visa proteger o réu pode ser ignorada, por exemplo, se o órgão jurisdicional puder julgar improcedente a demanda. Aquela suposta primazia não é, portanto, absoluta.

Em segundo lugar, é preciso notar que um julgamento de improcedência do pedido pode ser mais interessante ao réu do que uma extinção sem resolução do mérito, tendo em vista a aptidão que a primeira decisão possui para tornar-se indiscutível pela coisa julgada material.

Ora, se em relação ao objeto litigioso do processo, composto pelo conjunto das postulações de autor e réu, vigora no Direito brasileiro o princípio dispositivo, não parece possível, sob pena de ofensa à liberdade, impor-se ao demandado, sempre, a opção pela decisão terminativa em detrimento de uma decisão definitiva que lhe seja favorável. Cabe ao demandado proceder a essa escolha, assim como cabe ao demandante estabelecer a ordem de prioridade dos pedidos na cumulação subsidiária (art. 289 do CPC).

É claro que nem sempre isso será possível; por exemplo: se o juízo é incompetente, não será possível julgar improcedente o pedido. Mas se falta um requisito processual objetivo de validade (pagamento de custas ou escolha correta do procedimento), por que não permitir que o réu prefira a decisão de improcedência em vez da decisão terminativa (sem exame do mérito)? É sempre muito difícil explicar porque o réu pretende, em primeiro lugar, a extinção sem exame de mérito, que permite a repropositura da demanda pelo autor, e, somente subsidiariamente, a improcedência do pedido, decisão que pode resolver o conflito definitivamente.

A questão tem alguma repercussão prática.

Como é sabido, se já houver resposta do réu, o autor somente pode desistir do processo com o consentimento do demandado. Afirma-se que, se o demandado pedira a extinção do processo sem resolução de mérito, não será possível negar consentimento à desistência, em razão da proibição de *venire contra factum proprium*. Se a extinção do processo sem análise do mérito é seu desejo, não pode o réu opor-se à eficácia da desistência do autor,

que, enfim, é a concretização da vontade do demandado. Aplicado literalmente o art. 301, a defesa de admissibilidade do réu seria sempre prioritária em relação à defesa de mérito, impedindo, assim, que o réu se oponha à homologação da desistência. Caso o réu tivesse apresentando uma defesa de mérito como defesa principal, a ele seria lícito negar o consentimento à homologação da desistência, exatamente porque o seu principal objetivo é, em primeiro lugar, a obtenção de uma sentença desfavorável ao autor.

Reforça-se, aqui, o se vem repetindo em textos e palestras: a primazia é do julgamento do mérito. A extinção sem resolução do mérito deve ser encarada como uma manifestação de *crise do processo*, conforme célebre pensamento doutrinário.

3.4. Ônus da impugnação especificada

Não se admite a formulação de defesa genérica. O réu não pode apresentar a sua defesa com a negativa geral dos fatos apresentados pelo autor (art. 302 do CPC). Cabe-lhe impugná-los especificadamente, sob pena de o fato não-impugnado ser havido como existente. Eis o ônus da impugnação especificada. Esse ônus não se aplica quando a defesa tiver sido apresentada por advogado dativo, curador especial ou membro do Ministério Público (parágrafo único do art. 302). A Fazenda Pública submete-se ao ônus da impugnação especificada, pois nem sempre as causas que lhe dizem respeito versam sobre direitos indisponíveis; basta citar o exemplo da ação civil pública em que um ente público é réu: nessa situação, o interesse público está, preponderantemente, do lado ativo, não se admitindo a negação geral, conduta que se pode reputar temerária, quando provinda de ente público.[29]

A não-impugnação especificada, em algumas situações, não produz o efeito de reputar-se ocorrido o fato não impugnado. Eis os casos: a) se a respeito do fato não for admissível confissão, como os direitos indisponíveis (arts. 302, I, e 351, CPC; art. 213, CC-2002); b) se a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento público que a lei considerar da substância do ato (art. 302, II; certidão do registro imobiliário, o testamento etc.);[30] c) se os fatos não-impugnados estiverem em contradição com a defesa (art. 302, III): quando

29. Em sentido contrário, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 3 ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 88, com a seguinte argumentação: "Além da indisponibilidade do direito e da inadmissibilidade da confissão, a não-sujeição da Fazenda Pública ao ônus da impugnação especificada dos fatos decorre da presunção de legitimidade dos atos administrativos".

30. Além do instrumento público, também o instrumento particular que a lei considera como da substância do ato (p. ex., arts. 541, 997, 1.334, § 1°, 1.417, todos do CC-2002). A propósito, "O direito material pode prever como da substância de determinado negócio jurídico o instrumento particular. Se assim dispõe o direito material, não pode o preceito processual revogar o princípio, pois que ao direito processual cabe dispor sobre prova, não sobre constituição de negócio jurídico de direito material. O negócio jurídico que exige o instrumento particular para sua constituição, inexistindo esse instrumento, é nulo, incapaz, consequentemente, de produzir os efeitos próprios do negócio; nesse caso, a falta de impugnação pelo réu, ou mesmo sua confissão, não suprem a inexistência do documento, segundo os princípios do direito material" (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 315).

o réu contesta apenas alguns dos fatos alegados pelo autor, mas da impugnação destes decorre implicitamente a rejeição dos demais, por incompatibilidade lógica entre o que foi arguido e os fatos não apreciados pelo contestante.

> Embora não possa ser presumido o fato relacionado a direito indisponível, a omissão do réu em impugná-lo pode ser levada em consideração pelo magistrado, como elemento de convencimento. Muito a propósito – e excelente como parâmetro interpretativo – o dispositivo do art 361 do Código Civil português (eis a rubrica do artigo: "valor do reconhecimento não confessório"): "O reconhecimento de factos desfavoráveis, que não possa valer como confissão, vale como elemento probatório que o tribunal apreciará livremente".[31]

3.5. Forma e requisitos

Os requisitos da contestação são semelhantes aos da petição inicial: nome e prenome das partes (qualificação não é necessária, se corretamente já feita na inicial); endereçamento ao juízo da causa; documentos indispensáveis; requerimento de provas; dedução dos fatos e fundamentos jurídicos da defesa.

A contestação deve vir em forma escrita, excepcionadas as hipóteses da contestação em rito sumário (art. 278 do CPC) e nos Juizados Especiais Cíveis, que podem ser feitas pela forma oral.

A contestação deve ser apresentada, no procedimento ordinário, no prazo de quinze dias; se houver litisconsortes passivos com advogados diferentes ou se a causa estiver sendo patrocinada por defensor público (art. 5°, § 5°, Lei Federal n. 1.060/50), o prazo será em dobro; os entes públicos têm o prazo em quádruplo para contestar (art. 188 do CPC).

3.6. Pedido do réu

Costuma-se dizer que o réu não pede, impede. De fato, em regra, a contestação não interfere no objeto litigioso do processo, ressalvados os casos em que se admite a formulação de pedido contraposto.

Não é bem assim.

O réu também pode demandar, embora com pedidos bastante peculiares. Pode pedir o réu, em sua peça de defesa: a) a extinção do processo sem exame do mérito; b) a remessa dos autos ao juízo competente ou ao juízo prevento; c) a devolução do prazo de defesa; d) a improcedência do pedido do autor; e) a condenação do autor às verbas da sucumbência; f) condenação do autor por litigância de má-fé; g) a sua pretensão dúplice nos casos

31. Pires de Lima e Antunes Varela dão os seguintes exemplos em que pode ter lugar a aplicação deste art. 361 do Código Civil português: a) confissão feita por incapaz ou por quem não tenha poderes de disposição; b) fatos relativos a direitos indisponíveis; c) confissão de litisconsorte. (*Código Civil Anotado*. 4 ed. Coimbra: Coimbra editora, 1987, p. 320)

de ação dúplice, como as ações meramente declaratórias. Pode o réu, ainda, formular demanda contraposta, nos casos em que a lei a admite, como nas ações possessórias, no procedimento sumário e no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis.

3.7. Aditamento e indeferimento da contestação

A contestação pode ser indeferida se for intempestiva ou se ao réu faltar capacidade processual.[32] O aditamento da contestação somente é possível nas hipóteses que excepcionam o princípio da eventualidade; portanto, como regra, não se admite o aditamento da contestação. Se o réu se apresenta sem advogado, não deve o juiz indeferir a contestação. Deve o magistrado nomear um advogado dativo, que pode ser um defensor público, para ratificar a peça de defesa. É que uma norma de proteção, como aquela que exige a capacidade postulatória, não pode ser utilizada contra o seu beneficiário.

Sobre a contestação intempestiva, cumpre advertir o seguinte: a) se ela contiver matérias que não se submetem à preclusão, não poderá ser desentranhada; b) se estiver acompanhada de documentos, embora a peça de defesa seja desentranhada, se for o caso, os documentos permanecem nos autos, pois o STF editou, há tempos, o enunciado n. 231: "O revel, em processo cível, pode produzir provas desde que compareça em tempo oportuno."

4. RECONVENÇÃO

4.1. Noções gerais

A reconvenção é demanda do réu contra o autor no mesmo processo em que está sendo demandado. É o contra-ataque que enseja o processamento simultâneo da ação principal e da ação reconvencional, a fim de que o juiz resolva as duas lides na mesma sentença.

Trata-se de um incidente processual que amplia o objeto litigioso do processo. Não se trata de processo incidente: a reconvenção é demanda nova em processo já existente. Por isso que a decisão do magistrado que indefere a petição inicial da reconvenção não extingue o processo; é decisão interlocutória e, portanto, agravável.

Chama-se *reconvinte* o réu-demandante e *reconvindo* o autor-demandado. A intimação para a resposta (contestação) à reconvenção pode ser feita na pessoa do próprio advogado do autor, que recebe da lei esse poder, e o prazo é de quinze dias (art. 316). A resposta à reconvenção é ampla, podendo o reconvindo, inclusive, denunciar a lide ou proceder ao chamamento ao processo. Cogita-se até mesmo, embora mais no plano teórico, de reconvenção da reconvenção, que não é vedada.

32. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. III. p. 309.

Reconvenção e ação principal hão de ser julgadas na mesma sentença, embora sejam autônomas: não há obrigatoriedade de ambas terem seus respectivos méritos apreciados, pois pode o autor desistir da demanda principal ou ela não ser apreciada por algum defeito que comprometa a sua admissibilidade. Agora, se houverem de ser julgadas, haverão de sê-lo na mesma sentença. Essa autonomia justifica, inclusive, condenações independentes às verbas da sucumbência.

4.2. Possibilidade de ampliação subjetiva do processo ("reconvenção subjetivamente ampliativa")

A doutrina costuma não admitir a reconvenção que amplie subjetivamente o processo, trazendo sujeito novo. Veja-se a lição de Clito Fornaciari:

> "Deve, pois, a reconvenção ser proposta contra o autor ou autores do processo original, sem poder dar-se a ampliação subjetiva da demanda a qualquer terceiro não integrante da relação processual; por seu turno, a legitimidade ativa para a reconvenção está com o réu do processo, vedada também a ampliação subjetiva".[33]

Barbosa Moreira sustenta que "só o réu (ou qualquer dos réus, no caso de litisconsórcio passivo) é legitimado para reconvir; só o autor (ou qualquer dos autores, no caso de litisconsórcio ativo) tem legitimação passiva para a reconvenção.[34]

É possível, no entanto, defender a ampliação subjetiva do processo pela via da reconvenção, se ela impuser litisconsórcio do autor e um terceiro e se tratar de demanda conexa com a ação principal (art. 103 do CPC), o que redundaria, de qualquer modo, na reunião das causas para julgamento simultâneo (art. 105 do CPC). Assim, a inadmissibilidade da reconvenção é medida inútil, pois acaso o réu propusesse ação autônoma, em razão da conexão, a reunião dos feitos no mesmo juízo se impunha.

> Admitindo a possibilidade de reconvenção subjetivamente ampliativa, Cândido Dinamarco: "Não há na lei, contudo, nem a boa razão, qualquer dispositivo ou motivo que impeça (a) reconvenção movida em litisconsórcio pelo réu e mais uma pessoa estranha ao processo (litisconsórcio ativo na reconvenção); reconvir ao autor e mais alguma pessoa estranha (litisconsórcio passivo na reconvenção). (...) Ao contrário, fortes razões existem para admitir essas variações, que alimentam a utilidade do processo como meio de acesso à tutela jurisdicional justa e efetiva".[35]
>
> Na jurisprudência, permanece o dissenso.[36]
>
> Optando pela inadmissibilidade de litisconsórcio do réu-reconvinte com terceiros, STJ, 3ª. T, RESP n. 274.763/GO, cujo acórdão foi publicado no DJ de 16/12/2002, p. 313, rel. Min. CASTRO FILHO.

33. FORNACIARI, Clito. *Da reconvenção no direito processual civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 93.
34. *O novo processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 44.
35. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 506.
36. Pesquisa feita pelos Professores-assistentes do Curso de Pós-graduação em Direito Processual Civil Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira.

Já vedando que réu ajuíze reconvenção contra quem não é autor da demanda: RSTJ 73/338, RT 639/83, RJTJESP 118/357 e RT 637/87.[37]

Contudo, impende registrar a existência de julgado, no próprio STJ, mitigando esse entendimento, alertando que "é possível e até recomendável a ampliação subjetiva da relação processual, mediante reconvenção que traga sujeitos estranhos a ela, uma vez que tudo quanto for possível deve ser feito para extrair do processo o máximo de proveito útil. Todavia, essa ampliação subjetiva, em tese, e dependendo das peculiaridades de cada caso, só pode ocorrer ou quando o integrante novo trazido na contra-ação formar, com o autor da demanda inicial, um litisconsórcio necessário, ou quando os direitos ou as obrigações em causa derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito".[38]

4.3. Requisitos

Além das condições da ação e dos "pressupostos processuais" aplicáveis a todas as demandas (requisitos da petição inicial, já examinados), deve o reconvinte obedecer aos seguintes requisitos.

a) Haja uma causa pendente. A reconvenção pressupõe a existência de uma causa já pendente; não existe reconvenção autônoma, que seria uma contradição em termos.

b) A observância do prazo de resposta. A reconvenção deve ser apresentada no mesmo prazo da contestação e junto com ela, sob pena de preclusão consumativa. Os prazos especiais de defesa, já vistos, se estendem à reconvenção.

c) Competência. O juízo da causa principal também deve ser competente para julgar a reconvenção (art. 109, CPC): somente é possível ao réu reconvir se o magistrado da causa principal, que tem competência funcional para julgar a reconvenção, tiver competência em razão da matéria e da pessoa para julgar a causa. Por conta disso, a reconvenção será distribuída por dependência (art. 253 do CPC). Aplica-se aqui por analogia o disposto no inciso II do § 1º do art. 292 do CPC, que cuida dos requisitos para a cumulação de pedidos. Se o magistrado não tiver competência para a reconvenção, indeferirá a sua petição inicial, não admitindo o seu processamento. A conseqüência da incompetência absoluta, neste caso, não pode ser a remessa dos autos ao juízo competente nem a extinção do processo. Somente é possível cogitar de reconvenção se houver ação; assim, a reconvenção não poderia ser enviada a outro juízo distinto daquele onde tramita a demanda principal. Porquanto demanda incidente, o seu não-conhecimento não pode implicar a extinção do processo, que prossegue para o exame da demanda principal.

37. NEGRÃO, Teotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.* 30 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 372.
38. RSTJ 105/361; citação págs. 365 e 366 (NEGRÃO, Teotônio. Ob. cit., p. 372).

d) Peça Autônoma. A reconvenção deve ser ajuizada em peça autônoma (art. 299 do CPC). A elaboração em peça única, porém, desde que se possam identificar os dois atos, não deve levar à inadmissibilidade da reconvenção.[39]

e) Compatibilidade entre os procedimentos. O procedimento para a demanda reconvencional tem de ser compatível com o procedimento da causa principal, tendo em vista que ambas serão processadas conjuntamente. Aplica-se aqui, por analogia, a regra do inciso III do § 1º do art. 292 do CPC, que impõe a compatibilidade de procedimento como requisito para a cumulação de pedidos.

Em procedimento especial, vale a regra de que, se se tratar de procedimento especial que se converte em ordinário após o prazo de defesa, cabe reconvenção. É por isso que cabe reconvenção em ação monitória (enunciado n. 292 do STJ: "A reconvenção é cabível na ação monitória, após a conversão do procedimento em ordinário").

f) Conexão. A reconvenção deve ser demanda conexa à ação principal ou a algum dos fundamentos da defesa (art. 315, *caput*). Conforme célebre lição de Barbosa Moreira,[40] a conexão aqui exigida não é a mesma conexão fato gerador de modificação de competência. Trata-se de vínculo mais singelo: basta que haja certa afinidade de questões, com o respeito aos demais requisitos aqui estudados, que a reconvenção será admissível.

g) Interesse processual. Quando o efeito prático almejado com a reconvenção puder ser alcançado com a simples contestação, como nos casos das ações dúplices, ou o pedido que se quiser formular puder ser formulado por pedido contraposto, não se admite a reconvenção por falta de interesse processual. Isso não quer dizer que em ações dúplices e em procedimentos que admitam pedido contraposto não seja possível a reconvenção: o que não se admite é a formulação, em reconvenção, de pretensão que na simples contestação ou pelo pedido contraposto possa ser feita.

As ações meramente declaratórias são ações dúplices. Assim, durante certo tempo, discutiu-se a possibilidade de reconvenção em tais ações. O STF editou o enunciado n. 258 da súmula da sua jurisprudência, em que admite a reconvenção em ação declaratória: "É admissível reconvenção em ação declaratória." Esse enunciado deve ser compreendido da seguinte forma: o réu não pode reconvir para pedir a negação do pedido do autor (inexistência ou existência da relação jurídica discutida),[41] em razão da falta de interesse, mas pode reconvir para formular outro tipo de pretensão.

39. STJ, 5ª. T., REsp n. 549587/PE 2003/0099712-8, rel. Min. FELIX FISCHER, j. 23.03.2004, DJ de 10.05.2004, p. 335. Ver, ainda, com amplas referências jurisprudenciais, PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 160.
40. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro.* 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45. Mais amplamente, do mesmo autor, *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção.* São Paulo: Saraiva, 1978.
41. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro.* 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45.

Também não é possível a reconvenção para o exercício de exceção substancial, direito que deve ser exercido como reação, na própria contestação. No caso da compensação, nada impede que o réu, em reconvenção, demande a diferença que lhe sobrar do encontro de contas (será, então, uma demanda reconvencional condenatória).

h) Cabimento. Em alguns procedimentos, veda-se expressamente a reconvenção, como é o caso do procedimento dos Juizados Especiais Cíveis (art. 31 da Lei Federal n. 9.099/95). Também não se admite reconvenção no procedimento sumário, segundo posição majoritária da doutrina.

Por fim, uma observação: caberá à lei estadual definir se há ou não pagamento de custas processuais em razão da reconvenção. Na Justiça Federal, a reconvenção não se sujeita ao pagamento de custas (Lei Federal n. 9.289/96).

4.4. Diferença entre reconvenção e ação declaratória incidental (ADI)

Reconvenção e ação declaratória incidental são incidentes processuais que agregam ao processo pedido novo. São demandas incidentes. Pertencem, pois, a esse gênero.

Distinguem-se, todavia:[42] *a) legitimidade:* só o réu pode reconvir, ao passo que qualquer das partes pode ajuizar ação declaratória incidental; *b) contestação:* não há necessidade de contestar a ação principal para poder reconvir, ao passo que a efetiva da contestação é requisito necessário para a ADI; *c) autonomia:* a inadmissibilidade da ação principal implicará inadmissibilidade da ADI, que dela é dependente; já a reconvenção tem autonomia, de modo que, mesmo não admitida a demanda principal ou dela o autor desistindo, prosseguirá o magistrado na apreciação da reconvenção (art. 317 do CPC); *d) tipo de demanda:* a ADI será sempre declaratória, enquanto a reconvenção poder ter qualquer natureza; *e) cognição do juiz:* a reconvenção aumenta a carga cognitiva do juiz; para julgar a ADI, o juiz terá a mesma carga que teria para o julgamento tão-só da ação principal, pois o seu objeto é a questão prejudicial que já estava posta no processo para ser examinada.

Não obstante essas diferenças teóricas, a ação declaratória incidental proposta pelo réu assume a natureza de uma reconvenção meramente declaratória.[43]

4.5. Reconvenção e substituição processual

Se o réu quiser reconvir em face do substituto processual, deverá fundar o seu pedido em pretensão que tenha em face do substituído, desde que para tal demanda tenha o substituto legitimação extraordinária passiva. Trata-se da inteligência do parágrafo único do art. 315, CPC. Se o réu for o substituto processual, apenas poderá reconvir se a sua legitimação extraordinária o habilite à postulação.[44]

42. NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante.* 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 775.
43. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro.* 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45.
44. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro.* 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 44.

> "Se o substituto for autor, somente caberá reconvenção se o réu pretender postular direito que julgue ter contra o substituído, mas que pela sua natureza comporte também defesa pelo substituto".[45]

5. EXCEÇÕES INSTRUMENTAIS

5.1. Generalidades

Como visto, exceção é palavra que, na dogmática processual, assume diversos sentidos. Empregada no sentido de modalidade de resposta do réu, exceção é o incidente processual pelo qual se pode alegar, com a *suspensão do procedimento principal* (CPC, art. 306, c/c art. 265, III), determinadas matérias, que, por determinação legal, devem ter um procedimento próprio para serem investigadas e decididas. São exceções instrumentais.

A lei prevê três espécies: incompetência relativa, impedimento e suspeição.

Excipiente é quem oferece a exceção; *excepto* ou *exceto* é quem a responde.

É possível o oferecimento de exceção instrumental sem contestação, pois a lei não exige a interposição simultânea. Oferecida somente a exceção, não poderá o réu oferecer contestação e reconvenção, em razão da suspensão do processo. Como ocorre a suspensão, o prazo de defesa será restituído por tempo igual ao que faltava para a sua complementação, se é que faltava. Assim, quando lhe será lícito oferecer as outras modalidades de resposta: a) se repelida a exceção de incompetência, a partir da data em que o réu for intimado da decisão; b) se acolhida a exceção de incompetência, a partir da data em que o réu for intimado do recebimento dos autos pelo órgão competente; c) se repelida a exceção de impedimento ou suspeição (pelo tribunal), desde a data em que, baixados os autos ao órgão *a quo*, for o réu intimado do despacho que ordenar o cumprimento do acórdão; d) se acolhida a exceção de suspeição ou impedimento, da data em que o réu for intimado do recebimento dos autos pelo substituto legal do juiz incompatível.[46]

> *Assistência simples e exceção:* "O assistente, nos termos do parágrafo único do art. 50 do CPC, recebe o processo no estado em que ele se encontra. A assistência simples ou adesiva não autoriza a tomada de providência contrária aos interesses da parte assistida. Caso em que não lhe cabe arguir exceção de incompetência, mormente quando o faz ante expressa discordância do assistido". (Ac. unân. da 6ª T. Do TFR no agr. 51.391-SP, rel. min. Miguel Ferrante; DJ de 23.04.87).
>
> *Exceção instrumental e o art. 188, CPC:* Aplica-se à exceção de incompetência, que deve ser apresentada no prazo de resposta do réu, a regra especial do art. 188, que confere aos entes públicos o prazo em quádruplo para contestar. Neste sentido, STJ, 2ª. T., REsp n. 24.055/RJ, rel. Min. José de Jesus Filho, j. 14.04.1993, DJ de 10.05.1993.

45. FORNACIARI JR., Clito. *Da Reconvenção no Direito Processual Civil Brasileiro.* São Paulo, Saraiva, 1983, p. 91.
46. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro.* 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 43 e 44.

Esse benefício, porém, só pode ser aplicado às arguições de impedimento e suspeição se o motivo da incapacidade subjetiva for anterior ao ajuizamento da causa; por fato superveniente, com o processo já em andamento, o prazo para os entes públicos é o mesmo, quinze dias.

5.2. Arguição de impedimento e suspeição

5.2.1. Generalidades

As exceções instrumentais de impedimento e suspeição são as formas estabelecidas em lei para afastar o juiz da causa, por lhe faltar capacidade subjetiva ou compatibilidade, que é pressuposto processual subjetivo referente ao juiz. Enquanto a alegação de incompetência se refere ao juízo, o impedimento/suspeição refere-se à figura do juiz, que, neste incidente, é parte (réu do incidente, *excepto)*.

A imparcialidade é requisito processual de validade; portanto, o ato do juiz parcial é ato que pode ser invalidado. Há dois graus de parcialidade: o impedimento e a suspeição. A parcialidade é vício que não gera a extinção do processo: verificado o impedimento/suspeição do magistrado, os autos do processo devem ser remetidos ao seu substituto legal. Os atos decisórios praticados devem ser invalidados.

As hipóteses de impedimento (art. 134 do CPC) dão ensejo à nulidade do ato, pois há uma presunção *iure et de iure* de que o magistrado não tem condições subjetivas para atuar com imparcialidade. É vício que pode ser alegado a qualquer tempo e grau de jurisdição (à arguição de impedimento não se aplica o prazo de quinze dias previsto em lei para ingressar com exceção instrumental), além de poder ser reconhecido *ex officio* pelo magistrado. O vício é tão grave que admite, inclusive, futura ação rescisória (art. 485, II, do CPC), pois se entende que a condução de todo o procedimento fica comprometida.

As hipóteses de suspeição (art. 135 do CPC) dão azo à invalidade do ato processual praticado pelo magistrado.[47] Sucede que, neste caso, embora o magistrado possa reconhecer-se suspeito (art. 135, par. ún., do CPC), a parte tem prazo preclusivo para arguir a suspeição (quinze dias) e pedir a nulificação do ato. É que não se trata de uma presunção absoluta de parcialidade; ao contrário, por ser menos grave, sequer autoriza ajuizamento de futura ação rescisória.[48]

47. Art. 285 do Regimento Interno do STF: "Afirmada a suspeição pelo arguido, ou declarada pelo Tribunal, ter-se-ão por nulos os atos por ele praticados". Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça: "Art. 279. Reconhecida a procedência da suspeição, se haverá por nulo o que tiver sido processado perante o Ministro recusado, após o fato que ocasionou a suspeição. Caso contrário, o argüente será condenado ao pagamento das custas. Art. 280. Afirmados o impedimento ou a suspeição pelo argüido, ter-se-ão por nulos os atos por ele praticados". Código de Processo Penal, art. 101: "Julgada procedente a suspeição, ficarão nulos os atos do processo principal, pagando o juiz as custas, no caso de erro inescusável...". Assim, também, LIMA, Tiago Asfor Rocha. "Exceção de suspeição de magistrado: tutela provisória e efeitos (extrínsecos e intrínsecos) do julgamento do incidente". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2007, n. 48, p. 108.

48. A suspeição, como se disse, implica a nulidade do ato decisório já praticado, daí porque não pode ser excluída do exame da validade de uma decisão judicial ou do procedimento. Acontece, apenas, que haverá

"Quem está sob suspeição está em situação de dúvida quanto ao seu bom procedimento. Quem está impedido está fora de dúvida, pela enorme probabilidade de ter influência maléfica para a sua função".[49]

Embora recebam o *nomen iuris* de *exceção* (conduta do réu) de impedimento e suspeição, o autor também tem legitimidade para levantar a incapacidade subjetiva do magistrado. É mais correto, pois, falar em arguição ou alegação de impedimento e suspeição.

Exceção de suspeição é poder especial do advogado? Há intensa controvérsia. Entende-se que não, pois o elenco de poderes especiais estaria estabelecido no art 38, CPC.[50] Neste sentido, STJ, 3ª. T., REsp n. 173.390/MT, rel. Min. Nilson Naves, j. 18.03.1999, DJ de 31.05.1999. Em sentido contrário: STJ, 6ª. T., HC 21.792/SP, rel. Min. Fontes de Alencar, j. 25.03.2003, DJ de 05.05.2003.

É aconselhável que o advogado peça procuração com poder específico de arguir a suspeição do magistrado, pois, além de conseqüências criminais que podem advir de tal conduta em desfavor da parte, quem julgará a causa, se a arguição for rejeitada, é o mesmo juiz anteriormente acusado de estar peitado.

É possível que o autor já alegue a suspeição/impedimento do magistrado concomitantemente ao ajuizamento da demanda. Isso ocorre quando só houver um juiz para julgar a causa, fato muito comum em comarcas menores. Se houver mais de um juiz abstratamente competente para conhecer da causa, o autor terá quinze dias contados da distribuição para arguir a suspeição/impedimento. Se o motivo de suspeição/impedimento já for conhecido, o réu terá o prazo de resposta para arguir tais matérias. Se a incapacidade subjetiva se der por fato superveniente, autor e réu terão, igualmente, prazo de quinze dias para argui-la, lembrando que, em se tratando de impedimento, esse prazo é irrelevante.

Se a suspeição/impedimento for verificada após a prolação da sentença, a arguição de tais defeitos pode ser feita no bojo da apelação, como matéria preliminar,[51] se o órgão do tribunal competente para apreciar essa arguição for o mesmo que tiver a competência para julgar a apelação. Se as competências forem diversas, haverão de ser feitas duas peças, a apelação e o instrumento de arguição da parcialidade; os autos serão enviados, primeiramente, ao órgão competente para a solução da questão sobre a parcialidade do juiz para, após, a depender do resultado, ser enviados ao órgão fracionário do tribunal, para o julgamento da apelação, ou ser remetidos de volta à primeira instância, para que

preclusão do direito processual da parte de alegá-la, após o prazo de quinze dias contados da data do fato, mas nada impede que o magistrado, de ofício, reconheça a sua suspeição.

49. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 2, p. 420.

50. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 3. p. 331.

51. STJ, 5ª. T., REsp n. 236.138/MS, rel. Min. Edson Vidigal, j. 04.04.2000, publicado no DJ de 08.05.2000. Nelson Nery Jr. e Rosa Nery também consideram que a alegação dos defeitos após a sentença se faça em apelação, que terá o objetivo de invalidar a decisão proferida (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante.* 8ª edição. São Paulo: RT, 2004, p. 767).

o juiz substituto profira nova decisão, acaso reconhecida a suspeição/impedimento do magistrado que proferira a primeira sentença. Cumpre lembrar, porém, que, em qualquer dos casos, o magistrado, após receber a apelação, terá a oportunidade de oferecer a sua defesa.[52]

O *excipiente* deve apresentar petição escrita; expor a fundamentação do pedido num dos casos dos arts. 134 a 136; endereçar ao juiz da causa; juntar documentos e apresentar o rol de testemunhas, se for o caso (CPC, art. 312).

O magistrado receberá a petição. Acolhendo a alegação, remeterá os autos ao juiz substituto; caso não a acolha, remeterá os autos ao tribunal competente para apreciar a arguição, com as suas razões, os documentos que reputar convenientes e o rol de testemunhas para provar o que alega. Note que o magistrado tem capacidade postulatória para fazer a sua defesa no incidente, não precisando de advogado.[53] Para Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, essa capacidade postulatória do magistrado o habilita, inclusive, a subscrever recursos para o STJ e STF, acaso seja derrotado no julgamento da exceção, sem a necessidade de representação judicial por advogado. Não concordamos com esse último posicionamento, pela falta de amparo legal, tendo em vista que a capacidade concedida ao magistrado foi apenas a de elaborar a sua defesa.

Não se ouve a outra parte, que não participa desse incidente. Se a exceção for acolhida, o tribunal condenará o juiz ao pagamento das custas e remeterá os autos ao substituto legal.

Do acórdão que julgar a arguição, somente são cabíveis os recursos extraordinários (especial/STJ ou extraordinário/STF). Não cabe recurso ordinário constitucional, que somente é pertinente em mandado de segurança de competência originária de tribunais. Hão de estar preenchidos, obviamente, os pressupostos peculiares aos recursos extraordinários.

> *O adversário do excipiente poderá recorrer?* A parte adversária não pode recorrer, pois ninguém tem direito a ser julgado por determinado juiz; todos têm o direito de ser julgados pelo juiz competente. Demais disso, cuidando-se de suspeição ou impedimento reconhecidos pelo juiz, não se poderia cogitar de recurso, pois inexistirá decisão no primeiro grau que seja impugnável. Por último, não haveria interesse recursal, pois não haveria mudança de foro ou juízo competentes, somente ocorrendo modificação física do juiz.[54]

52. NERY, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante*. 8ª edição. São Paulo: RT, 2004, p. 767.
53. NERY, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante*. 8ª edição. São Paulo: RT, 2004, p. 772. Araken de Assis, defendendo a legitimidade recursal do juiz, nestas situações, a enquadra na categoria terceiro interessado (ASSIS, Araken de. "Condições de admissibilidade dos recursos cíveis". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 1999, p. 27). Discordamos na medida em que se não pode considerar como terceiro quem, inclusive, apresentou as razões para não ter reconhecido, antes, a sua incompatibilidade subjetiva (art. 313, CPC). Trata-se de legitimação recursal na qualidade de parte do incidente.

5.2.2. Impedimento do tribunal ou da maioria absoluta do tribunal

Há muitas dúvidas sobre o procedimento para arguir a suspeição/impedimento de todo tribunal, ou da sua maioria absoluta. Duas são as questões: a) de quem será a competência para apreciar a exceção?; b) de quem será a competência para o julgamento do processo, acaso o tribunal seja considerado suspeito/impedido (quem é o tribunal substituto)? A resposta a ambas as perguntas é a mesma: o STF, que julgará a exceção e, se for o caso de o tribunal ser considerado suspeito/impedido, a própria causa.

Nesta situação, é necessário arguir a suspeição/impedimento perante o próprio tribunal. Se ele não se reconhecer suspeito/impedido, os autos serão remetidos ao STF, que julgará a exceção; uma vez acolhida, o próprio STF será competente para o julgamento da causa; rejeitada a exceção, a causa voltará ao tribunal de origem. Se o tribunal se reconhecer suspeito/impedido, remeterá os autos ao STF, para que julgue a causa (art. 102, I, "n", CF/88).

O exame do procedimento da exceção de suspeição, nestes casos, foi muito bem detalhado no julgamento da Questão de Ordem na Ação Cível Originária 58-BA, pelo Pleno do STF, em 05.12.1990.

Não é possível a convocação de juízes para a composição do *quorum* (STF, RCL 1.933-AM, rel. Min. Celso de Mello, 16.5.2002; RCl 1.004/AM, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 25.11.1999, DJ de 04.02.2000, p. 5; em sentido diverso, STF, AO 106/MS, rel. Min. Néri da Silveira, j. 07.10.1993, DJ de 18.03.1994, p. 5.149). Se o impedimento/suspeição se der no próprio STF, aplicam-se os arts. 40-41 do RISTF, adaptados à CF/88, que extinguiu o Tribunal Federal de Recursos e criou o STJ.[55]

5.2.3. Impedimento e suspeição de outros sujeitos da relação jurídica processual

É possível arguir a suspeição e o impedimento do serventuário, do perito e do intérprete (todos os motivos dos arts. 134 e 135); do órgão do Ministério Público, quando não for parte (todos os motivos dos arts. 134 e 135); do órgão do Ministério Público, quando for parte (apenas os motivos dos incisos I a IV do art.135).

Deve o excipiente apresentar petição escrita, fundamentada e instruída; arguição na primeira oportunidade, após o fato, que lhe couber falar nos autos; processamento em

54. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. III. p. 333.
55. Art. 40 do RISTF: "Para completar *quorum* no Plenário, em razão de impedimento ou licença superior a três meses, o Presidente do Tribunal convocará o Ministro licenciado, ou, se impossível, Ministro do Tribunal Federal de Recursos, que não participará, todavia, da discussão e votação das matérias indicadas nos arts. 7º, I e II, e 151, II". Art. 41 do RISTF: "Para completar *quorum* em uma das Turmas, serão convocados Ministros da outra, na ordem crescente de Antiguidade".

separado; *não há* suspensão da causa; o arguido é ouvido em 5 dias, facultada a produção de prova; nos tribunais: o relator processará e julgará o incidente, monocraticamente.

5.2.4. Eficácia externa da argüição de suspeição/impedimento

Há interessante questão que merece exame separado: a decisão sobre a parcialidade do órgão jurisdicional produz efeitos em outros processos em que a situação que deu causa ao defeito subjetivo se repita? Por exemplo: reconhecida a suspeição em razão da amizade íntima ou inimizade capital, em outro processo perante o mesmo juiz, em que o mesmo sujeito volte a ser parte, a decisão naquele incidente deve ser observada? Enfim: a decisão do incidente de suspeição ou impedimento produz efeitos para além das fronteiras do processo em que foi proferida?

Para que se responda a esta questão, é preciso que se parta da seguinte premissa: a discussão sobre a parcialidade do órgão julgador (suspeição ou impedimento) é o objeto litigioso (mérito) do mencionado incidente. A decisão sobre o tema é, neste sentido, uma decisão de mérito; não sobre o mérito da causa (mérito do procedimento principal), mas, sim, sobre o mérito do incidente processual instaurado para a apuração da parcialidade do julgador. Ver as considerações a respeito do objeto litigioso no capítulo sobre a teoria da cognição.

Partindo-se desta premissa, a questão, uma vez resolvida, deve tornar-se indiscutível não apenas para o processo em que proferida, mas também para outros, em que a mesma situação se repita. Obviamente, se entre a decisão do incidente e o novo processo houver mudança do quadro fático (o órgão julgador perde o vínculo que mantinha com a parte, por exemplo), a decisão não deverá ser observada, pois, como toda decisão, se submete à cláusula *rebus sic stantibus*. Mas, enquanto mantidas as mesmas circunstâncias de fato e de direito, a primeira decisão deve ser observada. Essa é a opinião de TIAGO ASFOR ROCHA LIMA, em belo trabalho sobre o tema: "para essas situações em que a causa justificadora da suspeição não se extingue com o fim do processo, deve e pode o julgamento do incidente de suspeição produzir efeitos futuros"[56].

Assim, *deve* o magistrado, quando receber causa em que exista situação que já foi reconhecida como apta a gerar a sua parcialidade, declarar-se suspeito ou impedido, na forma do art. 137 do CPC ("Aplicam-se os motivos de impedimento e suspeição aos juízes de todos os tribunais. O juiz que violar o dever de abstenção, ou não se declarar suspeito, poderá ser recusado por qualquer das partes (art. 304)").

É possível, enfim, tendo em vista tudo isso, cogitar, inclusive, da possibilidade de ação rescisória contra a decisão que julgar o incidente de suspeição/impedimento, já que

56. LIMA, Tiago Asfor Rocha. "Exceção de suspeição de magistrado: tutela provisória e efeitos (extrínsecos e intrínsecos) do julgamento do incidente". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 48, p. 105.

é uma decisão de mérito (do incidente) apta a produzir efeitos inclusive para fora do processo em que proferida.

5.3. Exceção de incompetência

A incompetência relativa, como foi visto, é matéria que deve ser alegada por exceção instrumental. Embora a lei, no art. 304, mencione que qualquer das partes pode arguir a incompetência relativa, a legitimidade para tanto é exclusiva do réu. Também o Ministério Público pode alegar incompetência relativa em benefício de réu incapaz. Muito do que precisa ser dito sobre exceção de incompetência está posto no capítulo sobre competência.

Não pode a exceção ser oferecida a qualquer tempo: deve ser ajuizada no prazo de quinze dias, que é aquele destinado ao réu para apresentar a sua resposta. Não se pode falar de incompetência relativa por fato posterior ao ajuizamento do processo, pois, na forma do art. 87 (perpetuação da jurisdição), fato superveniente que altere regra de competência só tem relevância se a alteração se der em regra de competência absoluta. A incompetência relativa é sempre originária.

Deve o réu formular petição escrita; expor a fundamentação do pedido nas regras que regem a competência relativa; endereçar ao juízo em que tramita a causa, que tem a competência para avaliar a sua própria competência; indicar qual o juízo para o qual deve ser declinada a competência: segundo Calmon de Passos,[57] a falta da menção gera defeito da petição, porquanto seja requisito de lei; juntar documentos e apresentar o rol de testemunhas, se for o caso (CPC, art. 312).

O parágrafo único do art. 305 do CPC, introduzido pela Lei Federal n. 11.280/2006, permite que o réu apresente a exceção de incompetência relativa em seu domicílio, com requerimento de sua imediata remessa ao juízo que determinou a citação. Antes dessa alteração, o demandado tinha de deslocar-se ao foro onde a causa estivesse tramitando, para alegar a incompetência territorial. O autor, que desejasse prejudicar o réu, por má-fé poderia propor a ação em domicílio muito distante daquele em que o réu reside; com isso, aumentaria a probabilidade de o demandado ser revel, já que poderia ter dificuldades de apresentar a sua resposta em local tão distante de seu domicílio (pense, por exemplo, em um réu que reside em Salvador, Bahia, sendo indevidamente processado em Rio Branco, no Acre). A petição de exceção de incompetência pode ser protocolizada no juízo de domicílio do réu, sendo imediatamente remetida ao juízo que determinou a citação, mesmo que em outro estado da federação.

O magistrado receberá a petição e, se a admitir, determinará a suspensão do processo. Caso não a admita, caberá agravo, pois se trata de decisão interlocutória. O *excepto* terá o prazo de dez dias para manifestar-se. Do julgamento da exceção de incompetência relativa, caberá agravo de instrumento.

57. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 3. p. 329.

6. A REVELIA

6.1. Noção

A revelia é um ato-fato processual, consistente na não apresentação tempestiva da contestação. Trata-se de espécie de contumácia passiva, que se junta a outras como, por exemplo, a não-regularização da representação processual (art. 13, II, CPC). Há revelia quando o réu, citado, não aparece em juízo, apresentando a sua resposta, ou, comparecendo ao processo, também não apresenta a sua resposta tempestiva. Não se pode confundir a revelia, que é um ato-fato, com a confissão ficta, que é um dos seus efeitos. A revelia não é um efeito jurídico; a revelia encontra-se no mundo dos fatos.

6.2. Efeitos

A revelia é ato-fato processual que produz os seguintes efeitos: a) presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo demandante (efeito material); b) prosseguimento do processo sem intimação do réu-revel (efeito processual); c) preclusão em desfavor do réu do poder de alegar algumas matérias de defesa (efeito processual, ressalvadas aquela previstas no art. 303 c/c art. 301, § 4º, ambos do CPC); d) possibilidade de julgamento antecipado da lide, acaso se produza o efeito substancial da revelia (art. 330, II, CPC).

A eficácia da revelia é muito drástica[58] para o réu-revel. Por isso, o legislador, a doutrina e a jurisprudência criaram mecanismos para temperar tais efeitos, mitigando o rigor no tratamento do réu contumaz.

6.3. Mitigações à eficácia da revelia

6.3.1. A confissão ficta não é efeito necessário da revelia

É possível que haja revelia e não se presuma a ocorrência dos fatos deduzidos contra o revel.

O simples fato da revelia não pode tornar verossímil o absurdo: se não houver o mínimo de verossimilhança na postulação do autor, não será a revelia que lhe conferirá a plausibilidade que não possui. Se a postulação do autor não vier acompanhada do mínimo

58. Observações de ordem histórica de Calmon de Passos: "pela tradição do direito luso-brasileiro, não havia a confissão ficta para as hipóteses de revelia. O CPC/39 quis dar feições diversas ao instituto, prevendo a confissão ficta em seu art. 209; por força desta previsão, dizia-se estava quebrada a velha tradição romana, incorporada pelo direito luso-brasileiro, passando o revel a ser réu-confesso. À época, a doutrina já repelia a confissão ficta necessária. O atual CPC, na contramão da tradição, seguiu a linha germânica, adotando a confissão ficta. Segundo o mestre, o CPC catou o que de mais rigoroso havia com relação ao revel. O sistema germânico, do qual se retirou a confissão ficta, adota ao menos duas formas de atenuar os seus efeitos: exigência de intimação pessoal da sentença ao revel e existência de recurso especial pelo simples fato da revelia" (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 336-342).

de prova que a lastreie, não se poderá dispensar o autor de provar o que alega pelo simples fato da revelia. A revelia não é fato com dons mágicos.

> "Essa advertência está sendo feita para recordar ser de todo desautorizada qualquer interpretação meramente gramatical, ou lógica do art. 319, CPC, como se fosse ele uma entidade bastante em si mesma, quando é peça de um todo, cuja operacionalidade deve ocorrer de forma integrada, coerente e sistêmica, de modo a não gerar antinomias".[59]

Não é por outra razão que o próprio legislador, em leis recentes, que versam sobre procedimentos mais expeditos, diz claramente que a confissão ficta somente deve ser aplicada se o contrário não resultar da prova dos autos (art. 277, § 2º, CPC, procedimento sumário; art. 20 da Lei de Juizados Especiais).

Mas não é só.

Há outras situações em que a lei retira da revelia a aptidão de produzir confissão ficta: a) quando a citação houver sido ficta (por edital ou por hora certa), pois o curador especial haverá de promover a defesa do réu revel: art. 9º, II, c/c art. 302, parág. ún. (CPC Português, art. 485, "b", fine); b) quando terceiro houver ingressado no processo como assistente do revel, hipótese em que será considerado seu gestor de negócios (art. 52, parágrafo único, CPC brasileiro); c) se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação, não haverá revelia quanto ao fato comum entre o litisconsorte revel e o atuante (não se aplica, aqui, o princípio da autonomia dos co-litigantes). Trata-se de aplicação do inciso I do art. 320, em consonância com o art. 485, "a", do CPC português: "quando havendo vários réus, algum deles contestar, relativamente aos factos que o contestante impugnar"; d) se o direito material em discussão for da categoria dos indisponíveis: em verdade, é melhor se entender como sendo direito sobre o qual a vontade das partes for ineficaz para produzir efeito jurídico que pela ação se pretende obter (art. 351, CPC, art. 213, CC-2002; CPC português, art. 485, "c"); e) se a inicial não estiver acompanhada de instrumento público que a lei considere da substância do ato. Há quem, como Amaral Santos,[60] também estenda a exceção aos casos em que a petição inicial não se faz acompanhar de instrumento particular que a lei considere da substância do ato (p. ex., arts. 541, 997, 1.334, § 1º, 1.417, todos do CC 2002). Quem assim entende fundamenta a compreensão na exigência legal de que a petição inicial deverá ser instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

6.3.2. Revelia não implica necessariamente vitória do autor

A revelia não significa automática vitória do autor na causa, pois os fatos podem não se subsumir à regra de direito invocada. Ao réu revel é permitido, sem impugnar os fatos, tratar, apenas, do direito.

59. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 3. p. 383.

60. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.2 p. 244; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 315.

A confissão ficta, principal efeito da revelia, não equivale ao reconhecimento da procedência do pedido. Como qualquer confissão, incide apenas sobre os fatos afirmados pelo demandante.

6.3.3. Matérias que podem ser alegadas após o prazo de defesa

Conforme foi visto, há inúmeras matérias que podem ser deduzidas pelo réu após o prazo de apresentação da sua resposta (art. 303 do CPC). A revelia, portanto, em relação a elas, é totalmente ineficaz, pois não impede que o réu as deduza posteriormente.

6.3.4. Proibição de alteração de pedido ou da causa de pedir, bem como de propor declaração incidente (art. 321, CPC)

O autor, mesmo diante da revelia, não poderá alterar o pedido, ou a causa de pedir, nem demandar declaração incidente, salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de quinze dias.

Fica difícil imaginar como seria proposta ação declaratória incidental, se um de seus pressupostos é a controvérsia da questão prejudicial, algo que só poderia acontecer se houvesse contestação. Imagina Barbosa Moreira[61] a possibilidade de o curador especial contestar o direito que constitui fundamento do pedido do autor.

6.3.5. Intervenção do réu-revel

O réu revel pode intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar (art. 322), passando, a partir daí, a ser intimado dos atos que forem praticados no processo. Poderá, inclusive, produzir provas (enunciado nº 231da súmula do STF). Se o réu apresenta a contestação intempestiva, o máximo que pode acontecer é a aplicação da confissão ficta: é que, estando nos autos, não poderá o réu deixar de ser intimado dos demais atos processuais.

Calmon de Passos, fundado em direito alienígena, pugna, inclusive, pela intimação da sentença ao réu revel.[62] O STJ entendeu que o prazo de apelação para o réu revel corre independentemente da sua intimação: "O *dies a quo* para o revel interpor recurso será o da publicação da sentença em cartório. Assim, mesmo se a sentença não for proferida em audiência e tiver sua publicação na imprensa oficial para a parte regularmente representada nos autos, o prazo para o revel recorrer se inicia com sua publicação em cartório" (EREsp 318.242-SP, rel. Min. Franciulli Netto, julgados em 17/11/2004).

61. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 94.
62. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 3. p. 419.

6.3.6. Necessidade de intimação do réu revel que tenha advogado constituído nos autos

O legislador abrandou, recentemente, o efeito processual da revelia (prosseguimento do processo sem intimação do réu revel). De acordo com a nova redação do art. 322 do CPC, o réu revel que tenha patrono nos autos deverá ser intimado dos atos processuais. Somente ao réu revel que não tenha patrono nos autos se aplica o efeito da revelia de dispensa de intimação dos demais atos processuais.

De fato.

Citado, o réu pode: a) aparecer e responder; b) aparecer e não responder; c) nem aparecer. Se ele aparece – seu advogado comparece e faz carga dos autos para apresentar defesa –, mas não responde ("b"), é revel, embora esteja presente no processo (não é tão "rebelde") e deve ser intimado dos atos processuais ulteriores.

É o que acontece, também, na revelia do autor-reconvindo: embora revel, o autor está presente nos autos e, portanto, deve ser intimado dos demais atos do processo, não se lhe aplicando o efeito processual da revelia.

Boa mudança, porque reafirma a necessidade de aprimorar a garantia do contraditório e protege o réu-revel que compareceu aos autos.

6.3.7. Possibilidade de ação rescisória por erro de fato

O art. 485, IX, CPC, permite a ação rescisória de sentença com base em erro de fato. Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido (§ 1º do art. 485). É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato (§ 2º do art. 485).

A incontrovérsia dos fatos dá-se, muita vez, em razão da revelia. Assim, é possível ao réu-revel ajuizar ação rescisória por erro de fato, se a sentença considerar existente fato que não ocorreu ou inexistente fato que tenha ocorrido.

6.3.8. Querela nullitatis

Um outro instrumento de proteção ao réu-revel é a possibilidade de impugnar, a qualquer tempo, sentença que tenha sido proferida em seu desfavor, sem que tenha sido citado ou tendo havido citação inválida (art. 475-L, I, e art. 741, I, CPC). Trata-se da *querela nullitatis*, ação autônoma de impugnação de sentença nula, *mencionada* nos capítulos sobre invalidades processuais e citação (neste volume) e *examinada* com mais vagar em capítulo próprio no v. 3 deste *Curso*.

6.4. Revelia na reconvenção

A revelia na reconvenção é, via de regra, tratada pelos autores como sendo indistinta da revelia comum. Convém lembrar, porém, que a reconvenção é a ação do réu

contra o autor, no mesmo processo. Disso decorre que se o autor-reconvindo for revel na reconvenção, mas a reconvenção for conexa à ação principal de molde a que o julgamento de ambas passe pela apreciação da existência de fatos comuns, o juiz, pelo princípio da comunhão da prova, não poderá presumir existentes, para fins da reconvenção, fatos que foram não-ocorridos por conta da instrução probatória ocorrida na ação originária.

CAPÍTULO XVII

PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES E JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

Sumário • 1. Saneamento e fase de saneamento. As providências preliminares – 2. Julgamento conforme o estado do processo – 3. Julgamento antecipado do mérito da causa – 4. Audiência preliminar: 4.1. Generalidades; 4.2. Denominação e objetivos da audiência; 4.3. Direitos que admitam transação ("rectius": conciliação); 4.3.1. Generalidades; 4.3.2. Conciliação em causas que envolvam pessoas jurídicas de direito público; 4.4. O comparecimento à audiência. O preposto (representante voluntário); 4.4.1. Generalidades; 4.4.2. Pessoa física pode utilizar-se de "preposto"?; 4.4.3. Quem pode ser representante; 4.4.4. O instrumento da representação – 5. O despacho saneador: 5.1. A dispensa de realização da audiência preliminar; 5.2. Conteúdo do despacho saneador; 6. Eficácia preclusiva da decisão de saneamento; 6.1. Consideração introdutória; 6.2. O juízo de admissibilidade positivo e a preclusão.

1. SANEAMENTO E FASE DE SANEAMENTO. AS PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES

Apresentada ou não a resposta do réu, inicia-se uma fase do procedimento ordinário que se denomina de *fase de saneamento* ou *fase de ordenamento do processo*. Durante este período, o magistrado, *se for o caso*, deve tomar providências que deixem o processo apto para que nele seja proferida uma decisão, chamada de *julgamento conforme o estado do processo*[1] (art. 323 do CPC).[2]

É importante notar que a atividade de saneamento do magistrado não se esgota nessa fase, que se caracteriza, apenas, pela concentração de atos de regularização do processo. É que desde o momento em que recebe a petição inicial, pode o magistrado tomar providências para regularizar eventuais defeitos processuais – a determinação de emenda da petição inicial (art. 284 do CPC)[3] e a possibilidade de controle a qualquer tempo das questões relativas à admissibilidade do procedimento (art. 267, § 3º, CPC) são exemplos disso. O dever de o magistrado sanear o processo deve ser exercido ao longo de todo o procedimento, mas há uma fase em que a sua atuação revela-se mais concentrada.

A *fase de saneamento* inicia-se após o escoamento do prazo de resposta do réu. No entanto, é possível que, após esse momento, a *fase postulatória* (que é aquela em que se definem o objeto do processo e o objeto litigioso do processo, sobre os quais falamos no

1. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 429.
2. "Findo o prazo para a resposta do réu, o escrivão fará a conclusão dos autos. O juiz, no prazo de 10 (dez) dias, determinará, conforme o caso, as providências preliminares, que constam das seções deste Capítulo".
3. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro.* 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 59.

capítulo sobre a teoria da cognição judicial) se prolongue, pois o réu pode ter reconvindo ou denunciado a lide a um terceiro. É possível, ainda, que o autor requeira a modificação do pedido ou da causa de pedir, com o consentimento do réu, com base no art. 264 do CPC. Os primeiros atos da *fase de saneamento* podem coincidir, portanto, com a prática dos últimos atos da *fase postulatória*.

Eis, basicamente, o rol de providências preliminares.

a) Tendo sido apresentada defesa indireta, deve o juiz *intimar* o autor para apresentar a sua *réplica*, em 10 (dez) dias (arts. 326-327 do CPC), que consiste na manifestação do demandante sobre os fatos novos deduzidos pelo réu em sua defesa. Se a defesa for *direta*, não haverá intimação para a *réplica*. Se o autor trouxer documentos na réplica, o réu deverá ser intimado para manifestar-se sobre eles, em 5 (cinco) dias, conforme a regra do art. 398 do CPC.

b) Se o réu apresentar *defesa direta*, mas trouxer documentos, deve o magistrado intimar o autor para manifestar-se sobre eles, no prazo de 5 (cinco) dias (art. 398 do CPC).

c) Se o réu apresentar *defesa direta*, consistente na negação da relação jurídica prejudicial deduzida pelo autor, deve o juiz intimar o autor, para que possa, querendo, em 10 (dez) dias,[4] promover *ação declaratória incidental*, ampliando o objeto litigioso do processo, nos termos do arts. 5º e 325 do CPC. A ação declaratória incidental consiste em uma demanda, formulada pelo autor, para que o magistrado declare a existência da relação jurídica prejudicial, de molde a que essa decisão possa ficar imune pela coisa julgada material (art. 470 do CPC). O réu também pode promover ação declaratória incidental, que terá, porém, natureza de reconvenção.

> Cabe aqui repetir o que dissemos no capítulo sobre a teoria da cognição judicial. A ação declaratória incidental (arts. 5º, 325 e 470 do CPC) tem por utilidade transformar a análise da questão prejudicial controvertida. Posta, inicialmente, como simples fundamento do pedido, a questão prejudicial será resolvida *incidenter tantum* e, na forma do inciso III do art. 469, não ficará acobertada pela coisa julgada. Proposta a ação declaratória incidental, a questão prejudicial passa a ser objeto de resolução *principaliter tantum*, compondo o *thema decidendum*; a solução que o magistrado lhe der poderá ser acobertada pela imutabilidade da coisa julgada (art. 470 do CPC). Com ação declaratória incidental, a análise da questão prejudicial muda: deixa de ser ela simples fundamento e passa a ser objeto de decisão do magistrado.

d) Se há defeitos processuais que possam ser corrigidos, inclusive aqueles relacionados aos requisitos de admissibilidade do procedimento, deve o juiz providenciar a sua correção (conforme visto no capítulo sobre as invalidades processuais), fixando, para tanto, prazo não superior a 30 (trinta) dias (art. 327, *fine*, CPC).

4. É possível, então, que o autor seja intimado para apresentar réplica e ação declaratória incidental em 10 (dez) dias, em prazo único (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 23 ed., p. 61).

e) Se houve revelia, deve o magistrado verificar a regularidade da citação.[5]

f) Se, não obstante a revelia, a confissão ficta não se tiver produzido (as hipóteses em que a confissão ficta não se produz foram expostas no capítulo sobre o assunto), deve o magistrado intimar o autor para especificar as provas que pretenda produzir em audiência (art. 324 do CPC). O prazo para especificação das provas é de 5 (cinco) dias, aplicando-se a regra supletiva do art. 185 do CPC, tendo em vista o silêncio da lei sobre o assunto.[6]

g) Se a revelia decorrer de citação ficta, deve o magistrado designar o curador especial (art. 9º, II, CPC).

h) Se o réu reconveio, deve o magistrado intimar o autor para contestá-la, em quinze dias. É possível, assim, que o autor seja intimado para replicar, em dez dias, e contestar a reconvenção, em quinze dias. Poderá apresentar as suas manifestações em dez dias, mas não poderá replicar em quinze dias, valendo-se do prazo maior da reconvenção.

i) Se o réu promover uma denunciação da lide, um chamamento ao processo ou uma nomeação à autoria, o magistrado tomará as providências inerentes a essas intervenções, tal como determinar a comunicação do terceiro cujo ingresso no processo se pleiteia.

j) O magistrado deve verificar se é caso de intervenção do Ministério Público (art. 82 do CPC), da Comissão de Valores Mobiliários (CVM, art. 31 da Lei Federal n. 6.385/1976), do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, art. 89 da Lei Federal n. 8.884/1994) ou de qualquer outro órgão/entidade cuja presença no processo seja obrigatória, por força de lei.

2. JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

O *julgamento conforme o estado do processo* pode ter diversos conteúdos.

Depois de cumpridas as providências preliminares (arts. 323 a 327), ou *não haven -do necessidade delas*, o magistrado examinará o processo para que tome uma dessas decisões: a) extingue-o sem julgamento do mérito (art. 267, c/c o art. 329 do CPC); b) extingue-o com a resolução do mérito, em razão de autocomposição total (art. 269, II, III e V, c/c o art. 329 do CPC); c) extingue-o com julgamento do mérito pela verificação da ocorrência da decadência ou prescrição (art. 269, IV, c/c o art. 329 do CPC); d) julga antecipadamente o mérito da causa (art. 330 do CPC); e) marca audiência preliminar de conciliação (art. 331 do CPC); f) não sendo o caso de audiência preliminar, determina imediatamente a realização da audiência de instrução e julgamento, proferindo o chamado "despacho saneador", ordenando o processo para a fase probatória (art. 331, § 2º, do

5. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 9 ed., cit., v. 3, p. 431-433.

6. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 23 ed., cit., p. 60.

CPC); g) profere uma decisão parcial, com o conteúdo dos arts. 267 ou 269, mas sem extinguir o processo, pois diz respeito a apenas uma parcela do objeto litigioso (transação parcial, p. ex.).

As hipóteses "a", "b", "c" e "g" serão estudadas no capítulo dedicado à extinção do processo (exame dos arts. 267 e 269 do CPC), para onde remetemos o leitor.

Neste momento, cuidaremos das hipóteses "d", "e" e "f".

3. JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO DA CAUSA

Conforme visto no item anterior, após as providências preliminares, o magistrado deve proferir uma decisão, que se denomina *julgamento conforme o estado do processo*. O *julgamento antecipado da lide* (*rectius*: *julgamento antecipado do mérito da causa*) é uma das possíveis decisões que podem ser tomadas neste momento do procedimento.

Trata-se de decisão de mérito em que o magistrado decide o objeto litigioso, julgando *procedente* ou *improcedente* a demanda formulada. Perceba-se que em outras duas variantes do *julgamento conforme o estado do processo* há, também, exame de mérito: a) extinção por autocomposição (reconhecimento da procedência do pedido, transação ou renúncia ao direito sobre o que se funda a demanda), art. 269, II, III e V, CPC; b) extinção pelo reconhecimento da prescrição/decadência, art. 269, IV, CPC. Nessas situações, só há *julgamento* de mérito nos casos da letra "b". No *julgamento antecipado da lide*, porém, o magistrado *julga* o mérito com base no inciso I do art. 269 do CPC.[7] Assim, como se vê, o julgamento conforme o estado do processo pode implicar decisão de mérito tomada com base em qualquer dos incisos do art. 269 do CPC. São hipóteses de abreviação do procedimento.[8]

O *julgamento antecipado da lide* é uma decisão de mérito, fundada em *cognição exauriente*, proferida após a fase de saneamento do processo, em que o magistrado reconhece a desnecessidade de produção de mais provas em audiência de instrução e julgamento (provas orais, perícia e inspeção judicial). "O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença", diz o *caput* do art. 330 do CPC.

O magistrado entende ser possível proferir decisão de mérito apenas com base na prova documental produzida pelas partes. O *julgamento antecipado da lide* é uma técnica de abreviamento do processo. É manifestação do *princípio da adaptabilidade* do procedimento (ver capítulo sobre princípios), pois o magistrado, diante de peculiaridades da causa, *encurta* o procedimento, dispensando a realização de toda uma fase do processo. É

7. Uma observação é necessária: a decisão judicial com base no inciso I do art. 269 do CPC pode ocorrer em *julgamento antecipado da lide* ou após a realização da audiência de instrução e julgamento (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 97).
8. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 23 ed., cit., p. 95-96.

bom frisar que o adjetivo "antecipado" justifica-se exatamente no fato de o procedimento ter sido abreviado, tendo em vistas particularidades do caso concreto.[9]

O art. 330 do CPC prevê as hipóteses em que se admite o julgamento antecipado da lide. Convém transcrevê-lo:

> Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II -quando ocorrer a revelia (art. 319).

É preciso fazer algumas anotações sobre esse artigo.

a) Em primeiro lugar, o *princípio da cooperação* impõe que o magistrado comunique às partes a intenção de abreviar o procedimento, julgando antecipadamente a lide. Essa intimação prévia é importantíssima, porquanto profilática: *i)* evita uma decisão-surpresa, que abruptamente encerre o procedimento, frustrando expectativas das partes; *ii)* se a parte não concordar com essa decisão, deve interpor agravo (no mais das vezes, será o agravo retido, art. 522-523 do CPC) – se não o fizer, não poderá, posteriormente, alegar cerceamento de defesa, pela restrição que se fez ao seu direito à prova, em razão da preclusão.

b) Essa possibilidade de abreviação do procedimento deve ser utilizada com cautela e parcimônia, não só porque pode implicar restrição ao direito à prova, mas também porque, sem a audiência de instrução e julgamento, podem os autos subir ao tribunal, em grau de recurso, com fraco conjunto probatório.[10] Como não é praxe, em órgãos colegiados, a realização de atividade de instrução probatória complementar (não obstante isso não nos pareça vedado pelo sistema, à luz do art. 130 do CPC), é possível que, diante de um processo "mal-instruído", o tribunal resolva anular a sentença, para que se reinicie a atividade probatória – e isso não é desejável.

c) Não há questão de mérito que seja "unicamente de direito", como está escrito no inciso I do art. 330. O fenômeno jurídico não prescinde do suporte fático, sobre o qual incide a hipótese normativa. As hipóteses previstas no inciso I podem ser resumidas em uma: é possível o julgamento antecipado quando não for necessária a produção de provas em audiência, ou seja, quando a prova exclusivamente documental for bastante para a prolação de uma decisão de mérito.

9. Oportuna a referência à crítica terminológica feita por Alexandre Câmara: "A denominação do instituto é criticável. Em primeiro lugar, este julgamento não é, propriamente, 'antecipado'. O mérito estará sendo apreciado por ser este o momento adequado... Melhor seria falar-se, aqui, não em julgamento 'antecipado', mas em julgamento 'imediato'". (*Lições de Direito Processual Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1, p. 358). Assim, também, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação da tutela*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 25-26.
10. Com essa preocupação, GRINOVER, Ada Pellegrini. "O julgamento antecipado da lide: enfoque constitucional". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1977, n. 5, p. 101-113; ANDRADE, Luís Antônio de. *Aspectos e inovações do Código de Processo Civil (processo de conhecimento)*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1974, p. 171-172.

d) Sobre o inciso II, é preciso esclarecer que a revelia só implica julgamento antecipado da lide se ela produzir o efeito típico da *confissão ficta*, pois, assim, os fatos tornar-se-iam incontroversos, o que dispensa a prova, consoante o art. 334, III, do CPC. No capítulo sobre a resposta do réu, vimos que nem sempre a revelia gera *confissão ficta*. É possível, ainda, que, não obstante a revelia e o julgamento antecipado da lide, o autor perca a causa; nada impede que o magistrado julgue improcedente o pedido, a despeito de reputar existentes os fatos alegados – p. ex., os fatos deduzidos não têm aptidão para conferir ao autor o direito pleiteado.[11]

e) Não se permite que o magistrado, no julgamento antecipado da lide, conclua pela improcedência, sob o fundamento de que o autor não provou o alegado. Se o magistrado convoca os autos para julgamento antecipado, é porque entende provados os fatos alegados. Entende, enfim, que não há necessidade de prova. Essa decisão impede *comportamento contraditório do juiz* (*venire contra factum proprium*); há preclusão lógica[12] para o magistrado, que, então, não pode proferir decisão com aquele conteúdo. A sentença de improcedência por falta de prova, em julgamento antecipado da lide, além de violar o dever de lealdade processual, a boa-fé objetiva, que orienta a relação entre os sujeitos processuais, e o princípio da cooperação, poderá ser invalidada por ofensa à garantia do contraditório, em sua dimensão de direito à prova.[13]

f) Quando for o caso, o "julgamento antecipado não é faculdade, mas dever que a lei impõe ao julgador",[14] em homenagem ao princípio da economia processual (art. 125, I, CPC).

4. AUDIÊNCIA PRELIMINAR

4.1. Generalidades

Ultrapassada a fase das providências preliminares, e não ocorrendo as hipóteses previstas nos arts. 329 e 330 do CPC – extinção do processo sem exame do mérito, ou com exame do mérito em razão de autocomposição, prescrição, decadência ou julgamento

11. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro,* 23 ed., cit., p. 98.
12. Admitindo a preclusão lógica para o juiz, embora sem fazer menção a esse exemplo, corretamente, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz.* São Paulo: Método, 2004, p. 42-46.
13. Neste sentido, no STJ, 3a T., REsp 649.191/SC, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. Em 19.08.2004, publicado no DJ de 13.09.2004, p. 241; 1a T., REsp n. 443.171/SC, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 10.02.2004, publicado no DJ de 25.02.2004, p. 101.
14. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado.* 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 255. Também assim, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 9 ed., v. 1, cit., p. 360; STJ, 4 T., Resp n. 2.832/RJ, publicado no DJ de 17.09.1990; Resp n. 5.640/RS, publicado no DJ de 24.06.1991; STJ, 3a T., AgRg no Ag 481607/DF, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 18.03.2004, publicado no DJ de 12.04.2004, p. 205; STJ, 6a T., REsp nº 102.303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, j. em 27.04.1999, publicado no DJ de 17.05.99; 1a T., AgRg no REsp n. 579.890/AC, rel. Min. José Delgado, j. em 05.02.2004, publicado no DJ de 05.04.2004, p. 214.

antecipado da lide – caberá ao juiz designar *audiência preliminar*, situação em que tentará promover a conciliação das partes.

Eis o texto do *caput* do art. 331 do CPC: "Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir".

Cabe, inicialmente, uma observação. Nada impede, não obstante o texto legal (art. 331 do CPC), que o magistrado, mesmo sendo caso de julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC), marque a audiência preliminar, com o objetivo de tentar conciliar as partes.[15] Isso com base no inciso IV do art. 125 do CPC, que atribui ao magistrado o dever de tentar conciliar as partes a qualquer tempo. Não obtida a conciliação, o magistrado julgaria a demanda imediatamente.

Vamos adiante.

Seguindo tendência mundial, foram acrescentados ao CPC, nas últimas reformas das leis processuais, dois dispositivos que, somados ao art. 448 do CPC (que já previa uma tentativa de conciliação no início da audiência de instrução), compõem o tripé normativo em favor da conciliação (da solução do litígio por autocomposição): o art. 125, IV e o art. 331. O inciso IV do art. 125 estabelece o dever do magistrado conciliar as partes a qualquer tempo; o art. 331 introduz no procedimento ordinário uma audiência preliminar à fase de instrução probatória, cujo objetivo principal é ensejar uma tentativa de conciliação das partes.

Este item é dedicado à audiência preliminar, que é uma das conseqüências que podem ocorrer após a fase de saneamento do processo.

4.2. Denominação e objetivos da audiência

A audiência de conciliação obrigatória, introduzida no art. 331 do CPC em dezembro de 1994, sofreu sua primeira reforma com a edição da Lei Federal n. 10.444/2002.

Uma das mudanças foi terminológica: a audiência passou a chamar-se de "audiência preliminar".

15. Assim, também, TALAMINI, Eduardo. "Saneamento do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1997, n. 86, p. 106; Em sentido contrário, para quem, sendo caso de julgamento antecipado da lide, o juiz não pode determinar a audiência preliminar, PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 447; TUCCI, Rogério Lauria. "A nova fase saneadora do processo civil brasileiro". *Reforma do Código de Processo Civil.* Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 358.

A mudança do nome do instituto para "audiência preliminar" justifica-se plenamente. É que a doutrina, de modo geral, já reconhecia nessa audiência funções outras além da simples tentativa de conciliação. Como bem afirma Dinamarco, possuía essa audiência um tríplice escopo: conciliação, saneamento do processo e delimitação da instrução.[16]

De fato.

Iniciada a audiência preliminar, o magistrado tentará alcançar a conciliação. Não obtida a conciliação, o magistrado deverá *resolver as questões processuais pendentes* e *fixar os pontos controvertidos* do processo – isto é, identificar as questões que devem ser objeto da fase de instrução probatória.

> O §2º do art. 331 prescreve que o magistrado, frustrada a conciliação, "decidirá as questões processuais pendentes". Esse enunciado causa certa perplexidade, uma vez que o *caput* indica que é pressuposto para a ocorrência da audiência preliminar o exame prévio do magistrado acerca da admissibilidade do processo e, por conseguinte, "questões pendentes" não haveriam de estar relacionadas nem com o juízo de admissibilidade do processo, nem com a existência de prescrição ou decadência e nem com a existência de autocomposição do litígio. Como bem diz Calmon de Passos,[17] esse momento processual não comportaria, a bem da verdade, "questões pendentes", por faltar um *iter* processual que permitisse novas alegações: assim, concluir-se-ia serem pendentes as questões processuais suscitadas pelo réu e não abordadas em decisão anterior. Se isso ocorrer, então, poderá o ma-gistrado examinar essas questões pendentes e, se for o caso, extinguir o processo sem exame do mérito (art. 267) ou com exame do mérito (art. 269, IV, prescrição e decadência).

Após isso, o magistrado deve delimitar a fase de produção de provas: admitir e não admitir a produção de certos meios de prova, designar perito e formular o rol de quesitos (se for o caso), marcar audiência de instrução e julgamento, determinar a inspeção judicial, oitiva de testemunhas ou depoimento da parte etc.

A audiência, por não ser simplesmente de conciliação, não merecia o nome que tinha. Muda-se com isso também o nome da "Seção III", que passa a chamar-se "Da audiência preliminar", conforme o art. 3º da Lei Federal n. 10.444/2002.

Discute-se se a não-marcação de audiência preliminar, quando fosse o caso, implicaria invalidade do procedimento. A resposta deve seguir o método desenvolvido no capítulo sobre invalidades processuais: só haverá nulidade se houver prejuízo. Antecipamos, porém,

16. *A reforma do Código de Processo Civil.* 4 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997, p. 118. O próprio Dinamarco já se referia ao instituto como audiência preliminar, assim como NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.* 5 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 814-5; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 105.
17. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 3, p. 482-484.

que dificilmente esse prejuízo ocorrerá, tendo em vista que há sempre a possibilidade de correção do defeito do procedimento, quer pela designação de uma data para a realização da audiência, quer pela tentativa de conciliação que o magistrado pode efetuar por ocasião da abertura da audiência de instrução e julgamento.

4.3. Direitos que admitam transação ("rectius": conciliação)

4.3.1. Generalidades

A audiência preliminar deve ser marcada se os direitos puderem ser objeto de transação. A Lei n. 10.444/2002 promoveu a troca da "infeliz expressão"[18] "direitos disponíveis" por outra tecnicamente mais correta: "direitos que admitam transação".

A mudança foi importante, pois são inúmeros os casos de direitos considerados indisponíveis que admitem transação (alimentos, guarda de filhos e outras causas de família, causas coletivas, causas que envolvem entes públicos, por exemplo), sendo forçoso reconhecer que há distinção entre indisponibilidade e intransigibilidade (*rectius*: inconciliabilidade).[19]

Deve-se ressaltar que não se pode, atualmente, aplicar de forma indistinta o art. 841 do CC/2002, que afirma somente ser possível a transação em relação a direitos patrimoniais de caráter privado. Não se pode, ainda assim, confundir transação com conciliação, esta gênero do qual aquela é espécie. É possível conciliação sem transação, como nas hipóteses de renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação ou reconhecimento da procedência do pedido. O que visou o legislador, com a criação da audiência preliminar, foi ensejar um momento processual propício ao fim do litígio por conciliação, não necessariamente por transação. Assim, onde se lê "direitos que admitam transação", leia-se "direitos que admitam conciliação". A mudança legislativa, embora elogiável, poderia ter sido ainda melhor.

Conforme já se apontou, em causas de família (direitos não patrimoniais) a conciliação revela-se como a melhor e mais eficaz forma de solução de conflitos. Interessante citar a lembrança de Barbosa Moreira, em relação à doutrina que comentou a legislação de 1994: registra o autor a sustentação de alguns autores (como Cândido Dinamarco), que, à época, à revelia do comando normativo – que previa apenas a conciliação em causas com direitos disponíveis em disputa –, a audiência de conciliação seria também obrigatória nos casos de direitos indisponíveis: é que apesar da impossibilidade de conciliação em virtude da natureza da contenda, ainda assim justificar-se-ia a audiência

18. FARIAS, Cristiano Chaves de Farias. "Audiência preliminar no processo civil moderno" *A segunda etapa da reforma processual.* Fredie Didier Jr. e Luiz Guilherme Marinoni (coord.). São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 355.
19. Carreira Alvim foi um dos primeiros a atentar para a circunstância, sendo razoável acreditar que a mudança ora operada tenha sido fruto de sua intervenção, membro ativo que era da Comissão de Reforma do Código (*Código de Processo Civil reformado.* 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 158-161).

de conciliação pelas suas demais funções: o saneamento do processo e a preparação para a instrução probatória.[20]

Um exemplo de causa que não admite transação e, pois, conciliação, é a ação de improbidade administrativa (art. 17, § 1°, da Lei Federal n. 8.429/1992). O Superior Tribunal de Justiça entendeu que não é admissível transação em processo que envolve discussão sobre a transposição de cargos públicos.[21]

4.3.2. Conciliação em causas que envolvam pessoas jurídicas de direito público

Há certo dissenso na prática forense em relação à possibilidade de conciliação nas causas que envolvem pessoas jurídicas de direito público. Existe um mau vezo de se relacionarem tais causas com suposto interesse público, a não permitir a realização de qualquer espécie de autocomposição. Trata-se de equívoco lamentável.

São inúmeras as hipóteses de autocomposição envolvendo interesse de ente público, não sendo temerário afirmar, por exemplo, que a maior parte dos conflitos fiscais se resolve por acordo de parcelamento firmado perante a repartição pública, longe das mesas de audiência do Poder Judiciário. A lei, inclusive, prevê expressamente a possibilidade de conciliação em demandas que dizem respeito aos entes federais.[22] "Em regra são situações

20. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Vicissitudes da Audiência Preliminar". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2004, n. 16, p. 74.
21. 5ª T., REsp n. 667.125, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, noticiário do STJ de 07.11.2005.
22. Art. 4°, VI, da LC n. 73/93, que dispõe ser atribuição do Advogado-Geral da União: "VI – desistir, transigir e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente". Arts. 1° e 2° da Lei Federal n. 9.469/97: "Art. 1° O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R$ 1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou opoentes, nas condições aqui estabelecidas. § 1° Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado no *caput*, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, no caso da União, ou da autoridade máxima da autarquia, da fundação ou da empresa pública. § 2° Não se aplica o disposto neste artigo às causas relativas ao patrimônio imobiliário da União. Art. 2° O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, fundações ou empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos, homologáveis pelo Juízo, nos autos dos processos ajuizados por essas entidades, para o pagamento de débitos de valores não superiores a R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em parcelas mensais e sucessivas até o máximo de trinta. § 1° O saldo devedor da dívida será atualizado pelo índice de variação da Unidade Fiscal de Referência (UFIR), e sobre o valor da prestação mensal incidirão os juros, à taxa de doze por cento ao ano. § 2° Inadimplida qualquer parcela, pelo prazo de trinta dias, instaurar-se-á o processo de execução ou nele prosseguir-se-á, pelo saldo". Parágrafo único do art. 10 da Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei Federal n. 10.259/2002): "Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do *caput*, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais".

em que a cobrança integral do valor é muito dispendiosa, se comparada com o seu possível resultado. A renúncia ou a transação acaba sendo de interesse público".[23]

A possibilidade de conciliação envolvendo entes estaduais e municipais dependerá de lei estadual ou municipal específica.

Assim, é plenamente possível o acordo em tais causas. Pouco importa se lhes atribua a característica da indisponibilidade, pois é induvidosa a possibilidade de conciliação, justificando-se a realização da audiência preliminar.[24]

4.4. O comparecimento à audiência. O preposto (representante voluntário)

4.4.1. Generalidades

Uma outra novidade, trazida pela Lei Federal n. 10.444/2002 à audiência preliminar, foi a possibilidade expressa de a parte fazer-se representar por preposto – possibilidade já prevista para as audiências nos ritos sumário (art. 277, § 3º, do CPC) e dos Juizados Especiais Cíveis (art. 9º, § 4º, da Lei Federal n. 9.099/95).

O preposto representará a parte na audiência, e apenas nela, desde que tenha poderes expressos para conciliar (art. 331, *fine*, do CPC). Trata-se de delegado da parte com o poder especial de transigir (*rectius*: conciliar). Seu agir é essencialmente material (transação, por exemplo, é ato de direito material), consistente na prática de determinado ato jurídico, sem qualquer função postulatória, daí por que não precisa ser advogado.

A preposição regulada no Código Civil é figura de direito material, mais especificamente de direito empresarial, e cujo regramento legal tem por fim precípuo regular as relações do preposto com a sociedade a que pertence e com terceiros (arts. 1.169 a 1.178 do CC-2002). A preposição, aqui prevista, assemelha-se (repita-se: assemelha-se) à figura do mandato, com poder específico de proceder à conciliação judicial, administrando os interesses do preponente. Trata-se de representação voluntária, regulada, genericamente, pelos arts. 115 a 120 do CC-2002. A utilização, pelo legislador, do termo "preposto", de conteúdo dogmático mais restrito, deve-se, induvidosamente, à consagração do seu uso nas causas trabalhistas e no âmbito dos Juizados Especiais. Para que não houvesse confusão, seria de bom alvitre a mudança do termo: de "preposto" para "representante voluntário", ou simplesmente "representante."

23. RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta.* São Paulo: Forense, 2002, p. 146-147.
24. Vejamos exemplos concretos citados por Carreira Alvim: a) demandas possessórias, contra ou a favor da União, em que se pode conciliar quanto ao prazo de retirada do suposto esbulhador; b) ação de despejo ajuizada pela União, em que é mais do que razoável imaginar-se um acordo; c) execução fiscal, em que acordos são normalmente celebrados, conforme já divisamos (*Código de Processo Civil reformado*, p. 160-1). Cristiano Chaves também admite a conciliação nas causas que envolvem pessoas jurídicas de direito público ("Audiência preliminar no processo civil moderno". *A segunda etapa da reforma processual*, p. 360).

É possível, entretanto, representação voluntária sem a existência do contrato subjacente de mandato.[25] O Código Civil de 1916 parece ter equiparado, equivocadamente, a duas figuras; já o Código Civil de 2002 procurou dar um tratamento normativo mais aprimorado, criando regulamentação geral da representação, legal ou voluntária. Aplicam-se, entretanto, supletivamente, à representação voluntária, as normas relativas ao mandato representativo (art. 120 do CC/2002; arts. 653 a 691 do CC/2002).

A outorga do poder de representar é provada pela procuração, que é o seu instrumento. A representação, normalmente, legitima-se em outra relação jurídica, de onde esse poder é retirado; relação essa que não é, necessariamente, a de mandato, pois há outras relações negociais básicas que autorizam a concessão do poder de agir em nome de outrem, por exemplo: prestação de serviços, empreitada, expedição, agência, sociedade e preposição mercantil.

Não se pode confundir, ainda, a preposição, aqui examinada, com aquela típica das demandas trabalhistas. É que lá – processo do trabalho – o preposto assume outras funções processuais, sendo inclusive fonte de prova (prestará depoimento oral), enquanto cá – processo civil – a função do preposto é puramente de direito material – conciliação –, não lhe restando qualquer outra. Embora rotulados com o mesmo nome, são figuras distintas, com papéis distintos e que merecem, pois, tratamento distinto.

4.4.2. Pessoa física pode utilizar-se de "preposto"?

É claro que pessoa física pode valer-se de "preposto". Embora o termo seja utilizado, costumeiramente, quando se está diante de representante de pessoa jurídica, nada indica a inadmissibilidade do manejo da preposição – essa, com função de representação judicial para fins conciliatórios – pela pessoa física.[26] Trata-se, enfim, de representante voluntário, com poder específico de conciliação, e a pessoa física, obviamente, pode constituir representante voluntário.

Ademais, não permitir à pessoa física valer-se da preposição, para fins conciliatórios, é ferir o princípio da igualdade, pois não se justifica tratamento processual tão desigual entre a pessoa humana e a pessoa jurídica. Há pessoas muito hábeis na tarefa conciliatória, enquanto outras são totalmente despreparadas para tanto. Enquanto a pessoa jurídica treina seus prepostos em cursos profissionalizantes, a pessoa física, normalmente litigante eventual, se vê diante de uma situação que lhe não é peculiar, o que torna a negociação bem desigual. Por mais que o advogado e o juiz possam ser fatores de equilíbrio, não vemos como repelir a idéia de pessoa física constituir representante para esse fim específico. É possível até mesmo a nomeação de "profissionais": pessoas especializadas na "arte de negociar".

25. Sobre a distinção entre mandato representativo e mandato sem representação: Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil.* 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 449-452; KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *A representação voluntária no direito privado.* São Paulo: RT, 1998, p. 46-7; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado.* Campinas: Bookseller, 2000, t. 3, p. 267-352.
26. GARCIA, Marco Túlio Murano. "A figura do preposto no âmbito do processo sumário". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1998, n. 89, p. 109-113.

4.4.3. Quem pode ser representante

Qualquer pessoa capaz pode sê-lo. O maior de dezesseis e menor de dezoito não emancipado também pode ser preposto, por força do art. 666 do CC/2002.[27] No caso de pessoa jurídica, não precisa sequer ser seu empregado.

Há proibição de atuação do advogado como preposto (art. 23 do Código de Ética da OAB). Parece, no entanto, que essa proibição não se aplica à preposição processual, porquanto a participação do advogado, aqui, na qualidade de preposto, restringir-se-á à tentativa de conciliação – típica, portanto, do exercício da advocacia. A restrição do Código de Ética refere-se à preposição em causas trabalhistas, nas quais a figura do preposto assume outras funções processuais, como já examinado.

Além disso, o próprio texto normativo é muito claro ao permitir a representação, na audiência, por procurador habilitado com poderes de transigir (*rectius*: conciliar), consagrando, a propósito, o regramento que já existia antes dessa reforma.

4.4.4. O instrumento da representação

O preposto precisa apresentar a carta de preposição (art. 118 do CC-2002),[28] que nada mais é do que uma procuração, com poder expresso de conciliação; trata-se de negócio jurídico unilateral, pelo qual alguém delega a outrem determinado poder de representação.

Fala-se em conciliação, e não transação (como menciona a lei), pois, conforme vimos, essa é modalidade daquela, e a audiência preliminar pode gerar qualquer espécie de conciliação, e não apenas a transação. Importa frisar, entretanto, que a procuração deve conter expressamente o poder conciliatório, sob pena de não-realização da tentativa de conciliação e ineficácia (art. 662 do CC-2002) do acordo porventura homologado.

Os prepostos podem conciliar sem a presença de advogados? Sim, não haveria qualquer problema, pois a conciliação, como já se disse, é ato de direito material, e envolve interesses a princípio apenas das partes envolvidas no litígio.[29]

27. Art. 666 do CC-2002: "O maior de dezesseis e menor de dezoito anos não emancipado pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores". Há entendimento que amplia ainda mais o rol dos representantes voluntários: "O representante, segundo sujeito da relação representativa, pode ser qualquer pessoa plenamente capaz, bem como os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 21 (vinte e um) anos, sem necessidade de ratificação de seus atos (CC, art. 1.298). Dispensa-se a plena capacidade civil do representante porque, sendo a pessoa apta a entender o negócio a ser realizado, é irrelevante seu *status* jurídico já que os efeitos do negócio se produzem diretamente na esfera jurídica do *dominus negotii*" (Maria Cândida Amaral Kroetz, *A representação voluntária no direito privado*, p. 62).
28. Art. 118 do CC-2002: "O representante é obrigado a provar às pessoas, com quem tratar em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederem".
29. FARIAS, Cristiano Chaves. "Audiência preliminar no processo civil moderno". *A segunda etapa da reforma processual*, p. 356.

5. O DESPACHO SANEADOR

5.1. A dispensa de realização da audiência preliminar

A Lei Federal n. 10.444/2002 mitigou a obrigatoriedade da audiência preliminar (§ 3º do art. 331 do CPC). Cabe agora ao magistrado verificar, *in concreto*, se é o caso de marcar a audiência preliminar, sugerindo a lei, para tanto, dois critérios, ambos baseados na viabilidade da conciliação: a) inviabilidade da transação (*rectius*: conciliação) em razão dos direitos em jogo (critério mais objetivo); b) "se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção" (critério mais subjetivo).

Reforça-se, também aqui, o poder do juiz de adequação do regramento processual ao caso concreto – o princípio da adaptabilidade do procedimento, a que antes nos referimos no capítulo sobre os princípios do direito processual. Em vez de impor etapa procedimental obrigatória, enrijecendo o procedimento, o legislador transfere ao magistrado a tarefa de examinar a oportunidade da realização da audiência, a ser verificada a partir das peculiaridades do caso concreto.

Já se defendia, mesmo antes dessa reforma, que, versando a causa sobre direitos inconciliáveis, não se marcaria a audiência de conciliação, devendo o magistrado providenciar a preparação do feito para a instrução no célebre "despacho saneador". O legislador reformista foi além, pois permitiu a dispensa da audiência quando esta for improvável, mesmo havendo possibilidade teórica da conciliação. Quando não se puder vislumbrar em concreto o acordo, pode o magistrado sanear/ordenar o feito sem a realização da audiência.

Assim, a audiência preliminar é, em princípio, etapa obrigatória do procedimento, mas será facultativa sempre que, conforme o §3º, o direito em litígio não admitir transação.[30]

Não sendo caso de marcação da audiência preliminar, surge a última hipótese de julgamento conforme o estado do processo: o "despacho saneador".

5.2. Conteúdo do despacho saneador

Se não for caso de extinção do processo sem julgamento do mérito, nem de extinção do processo com julgamento do mérito (prescrição/decadência, autocomposição ou julgamento antecipado da lide), e não sendo hipótese de audiência preliminar, deverá o magistrado proferir uma decisão escrita, em que deverá examinar as questões processuais suscitadas, declarar saneado o feito, fixar os pontos controvertidos e delimitar a atividade probatória.

30. É como entende Barbosa Moreira: "Com isso não se nega o caráter facultativo que passou a ter a audiência preliminar, em causas atinentes a direitos insuscetíveis de transação, desde a entrada em vigor da Lei 10.444". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Vicissitudes da Audiência Preliminar". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004. n. 16. p. 76.)

Na célebre síntese de Barbosa Moreira: "O despacho saneador tem lugar justamente nas hipóteses restantes..., o órgão judicial chega à convicção de que é necessário o prosseguimento do feito – porque *ainda* não pode ser julgado o mérito –, e além disso é *útil* fazê-lo prosseguir – porque tudo indica que o mérito poderá ser julgado. Configura-se, pois, o despacho saneador como o ato pelo qual o juiz, verificando ser admissível a ação e regular o processo, o impele em direção à audiência de instrução e julgamento, por não estar ainda madura a causa para a decisão de mérito".[31]

Perceba-se o seguinte: a) o "despacho saneador" não é despacho, mas decisão interlocutória;[32] b) o "despacho saneador" nada saneia; na verdade, declara saneado; c) o seu conteúdo é equivalente ao da decisão, já examinada linhas atrás, que o magistrado proferiria acaso, tendo marcado audiência preliminar, restasse frustrada a tentativa de conciliação.

> Rogério Lauria Tucci ensina que a diferença entre a decisão de saneamento proferida na audiência preliminar e o "despacho saneador" reside em que aquela, "em vez de consubstanciar-se num ato escrito do juiz, deverá ser pronunciado *oralmente*, e mediante *prolação*, sob ditado, ao escrevente encarregado da documentação da audiência".[33]

Há, pois, nessa decisão, um capítulo decisório em que se reconhece a admissibilidade do processo (juízo declaratório) e outro capítulo decisório em que se fixam os pontos controvertidos e se delimita a atividade de instrução (juízo constitutivo).

6. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA DECISÃO DE SANEAMENTO

6.1. Consideração introdutória

Este item tem o objetivo de examinar a seguinte questão: o juízo de admissibilidade positivo, quer tenha sido feito no despacho saneador, quer tenha ocorrido durante a audiência preliminar, tem eficácia preclusiva? Proferido o juízo de admissibilidade *positivo*, é possível que a questão decidida possa ser reexaminada, ainda no mesmo processo?

A doutrina não costuma atentar para uma circunstância bastante relevante: concluindo pela admissibilidade ou inadmissibilidade, o juízo que o magistrado faça sobre a validade do procedimento é o mesmo, não se altera de acordo com a conclusão alcançada. Se o juízo de admissibilidade é uma decisão (e parece indiscutível que o seja), positivo ou negativo,

31. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 52-53.
32. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22 ed., cit., p. 53.
33. "A nova fase saneadora do processo civil brasileiro". *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 362.

pouco importa, deverá submeter-se à preclusão. É o que ora se defende. As razões serão examinadas no item seguinte.

6.2. O juízo de admissibilidade positivo e a preclusão

Prevalece, na doutrina brasileira, a concepção de que a decisão judicial que reconhece a presença dos requisitos de admissibilidade do processo (principalmente o denominado "despacho saneador", pelo qual o magistrado declara a regularidade do processo) não se submete à preclusão[34] *pro iudicato*: enquanto pendente a relação jurídica processual, será sempre possível o controle *ex officio* dos requisitos de admissibilidade, inclusive com o reexame daqueles que já houverem sido objeto de decisão judicial.[35] O fundamento legal dessa concepção é o § 3º do art. 267, que teria imunizado as decisões sobre os requisitos de admissibilidade do processo à preclusão. Afirma-se que o enunciado n. 424 da súmula do STF,[36] embora ainda em vigor, não se aplica a esse tipo de questão.[37] Fala-se que não se pode cogitar de preclusão para as matérias que podem dar ensejo à ação rescisória.

34. Adotando essa concepção, valiosa a leitura de NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz.* São Paulo: Método, 2004, p. 233-255, em que há bela resenha da doutrina brasileira sobre o tema. Seguem essa linha, entre outros: LACERDA, Galeno. *Despacho saneador.* Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953, p. 162-168; FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 435-436; NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante.* 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 183; TUCCI, José Rogério Cruz e. "Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento". *Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda.* Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 275-290; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "O pedido de reconsideração e suas hipóteses de cabimento". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2003, n. 4, p.104-105; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença.* 5 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 242; ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil.* 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 393; ARAÚJO, Mauro Alves de. *Extinção do processo – saneamento.* São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 180; TALAMINI, Eduardo. "Saneamento do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1997, n. 86, p. 102-104; WAMBIER, Luiz Rodrigues. "Despacho saneador irrecorrido – possibilidade de o juiz decidir contrariamente na sentença". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1992, n. 67, p. 227-231; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de direito processual civil.* 5 ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 211; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Preclusão (Processo civil)". *Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda.* Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 173-174; ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1979, p. 155; GONÇALVES, Marcus Vinícius. *Novo Curso de Direito Processual Civil.* São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 248-249; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento.* 3 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 667; SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil.* 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 405-406; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil.* 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1, p. 364-365; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil.* São Paulo: Atlas, 2005, v. 1, p. 246.
35. Conclusão n. 9 do VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada: "Em se tratando de condições da ação não ocorre preclusão mesmo existindo explícita decisão a respeito".
36. "Transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença".
37. STJ, 4ª T., REsp 343750-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21.05.2002, DJ de 10.02.2003, p. 215.

Não é essa a concepção, porém, a que ora se adota.[38]

a) Em primeiro lugar, convém precisar a correta interpretação que se deve dar ao enunciado do § 3º do art. 267 do CPC. O que ali se permite é o conhecimento, a qualquer tempo, das questões relacionadas à admissibilidade do processo – não há preclusão para a verificação de tais questões, que podem ser conhecidas *ex officio*, até o trânsito em julgado da decisão final, mesmo pelos tribunais. Não há qualquer referência no texto legal, porém, à inexistência de preclusão em torno das questões *já decididas*. A qualquer tempo é possível conhecer tais questões, controlar a regularidade do processo, desde que o processo ainda esteja pendente e que não tenha havido preclusão a respeito.

Não se permite que o tribunal, no julgamento do recurso, reveja questão que já fora anteriormente decidida, mesmo se de natureza processual, e em relação à qual se operou a preclusão. O que se permite ao tribunal é conhecer, mesmo sem provocação, das questões relativas à admissibilidade do processo, respeitada, porém, a preclusão.

Parece haver uma confusão entre a possibilidade de conhecimento *ex officio* de tais questões, fato indiscutível, com a possibilidade de decidir de novo questões já decididas, mesmo as que poderiam ter sido conhecidas de-ofício. São coisas diversas: a cognoscibilidade *ex officio* de tais questões significa, tão-somente, que elas podem ser examinadas pelo Judiciário sem a provocação das partes, o que torna irrelevante o momento em que são apreciadas. Não há preclusão para o exame das questões, enquanto pendente o processo, mas há preclusão para o reexame.

b) A preclusão aqui defendida obviamente não se opera tendo em vista fato superveniente. Conforme já se disse, é possível que, por fato superveniente, deixe de existir um requisito de admissibilidade do processo (exemplo: incompetência absoluta superveniente e perda da capacidade processual). Exatamente por tratar-se de fato superveniente, a anterior decisão que reconheceu a regularidade do processo não lhe diz respeito, impondo-se nova decisão, que terá outro objeto: a questão nova.[39] Não se deve confundir a

38. Adota-se, em parte, o posicionamento de Barbosa Moreira (*O novo processo civil brasileiro.* 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 54). Além desse autor, outros defendem a eficácia preclusiva da decisão sobre questão de admissibilidade do processo: PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 500 e segs.; CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil.* Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 456-457; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Anotações às Instituições de Direito Processual Civil de Giuseppe Chiovenda.* Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 456, nota 225; COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro.* Rio de Janeiro: José Konfino, 1946, v. 3, p. 109-111; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil.* São Paulo: Saraiva, 1974, v. 2, p. 166-172; GOMES, Fábio Luiz. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2000, v. 3, p. 46; MALACHINI, Edson Ribas. "Do julgamento conforme o estado do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1977, n. 6, p. 107-108; NUNES, Dierle José Coelho. "Preclusão como fator de estruturação do procedimento". *Estudos continuados de Teoria do Processo.* Rosemiro Pereira Leal (coord.). Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 4, p. 203-205.
39. Assim, TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo.* São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975, p. 163-164.

possibilidade de controle a qualquer tempo da regularidade do processo com a inexistência de preclusão a respeito. A confusão é parecida com aquela que se faz em relação à coisa julgada da sentença de alimentos: porque fatos supervenientes podem alterar a realidade sobre que incidiu a primeira sentença, nova decisão deve ser proferida, que cuide desta nova realidade. Isso não retira a força da coisa julgada material, que indiscutivelmente recaiu sobre a primeira decisão.

c) O art. 471 do CPC é peremptório ao prescrever que nenhum juiz decidirá de novo as questões já decididas – "precisamente por falar em *nenhum juiz* o texto dessa disposição abrange *também* o juiz da causa, manifestamente compreendido na generalidade do advérbio".[40] Esse artigo também se aplica às decisões interlocutórias.[41] O art. 473 do CPC determina: é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão. Nada há em tais artigos que leve à conclusão de que as questões de admissibilidade, mesmo já decididas, podem ser rediscutidas.

d) Como bem apontou Calmon de Passos, se as decisões interlocutórias são recorríveis (art. 522 do CPC), não se pode cogitar, no direito brasileiro, da possibilidade de reexame das questões já decididas.[42] Se há possibilidade de recurso, há possibilidade de preclusão, não somente para as partes, mas também para o juiz.[43] A lição merece transcrição integral:

> "Tendo havido "questão" a respeito deles [requisitos de admissibilidade do processo], decidida pelo juiz, há preclusão *pro judicato*, se não oferecido o recurso próprio – o agravo. A construir-se diversamente, estaríamos afastando a preclusão em relação às partes, beneficiando o omisso com a possibilidade de ter revisto, com sua provocação, o decisório que lhe foi desfavorável. Se assim devesse ser, ter-se-ia, para não incidir em erronia técnica, de construir a irrecorribilidade das interlocutórias, facultando-se ao magistrado rever livremente suas decisões a respeito, bem como eliminada a fase do julgamento conforme o estado do processo. Julgamento sem preclusão é algo inadmissível, salvo abuso do legislador, só aceitável se não contornável hermeneuticamente".[44]

e) Por imposição do dever da motivação (art. 93, IX, CF/88), a decisão sobre a validade do procedimento deve ser expressa: não se admite a preclusão do exame de questões implicitamente decididas, até porque não se pode admitir decisão implícita.[45] A preclusão

40. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Preclusão (Processo civil)", cit., p. 169.
41. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Preclusão (Processo civil)", cit., p. 169-170.
42. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 500.
43. Por isso há quem defenda a irrecorribilidade das decisões interlocutórias relacionadas às questões de ordem pública: ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1979, p. 155; JORGE, Flávio Cheim. *A nova reforma processual.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 176.
44. *Comentários ao Código de Processo Civil,* 9 ed., cit., p. 504. O texto entre colchetes não consta do original. Em sentido bem próximo, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5, p. 160.
45. TALAMINI, Eduardo. "Saneamento do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1997, n. 86, p. 103; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença.* 5 ed. São Paulo, RT, 2004, p. 34.

somente pode operar-se em relação às questões decididas, contra as quais ou não houve interposição de recurso, ou se o interpôs, tendo sido rejeitado.[46] Assim, não há preclusão se o magistrado deixa, na decisão saneadora, ainda que indevidamente, para examinar as questões de admissibilidade por ocasião da sentença.[47]

f) Há um dado curioso nesta discussão: não se nega a existência de preclusão em torno das questões de mérito já decididas (rejeição da alegação de prescrição, por exemplo), mas, em relação às questões de admissibilidade, permite-se a rediscussão a qualquer tempo. Dá-se a essas últimas um tratamento diferenciado, como se fossem as questões mais relevantes a ser resolvidas pelo Judiciário, que estaria autorizado, mesmo já se tendo manifestado a respeito, a voltar a discutir o tema e concluir pela inadmissibilidade do processo.

Parece haver uma intenção não-revelada de permitir sempre a possibilidade do não-enfrentamento do mérito, como se isso fosse o desejável, como se isso fosse o mais importante. Bem pensadas as coisas, se o caso é de não existir preclusão, que o seja para as questões de mérito, pois assim se permitiria a revisão de decisões equivocadas/injustas. Em relação a elas, porém, há a coisa julgada, instituto secular, construído a partir da percepção de que a função jurisdicional deve ter limites. Se há limite para o reexame das questões de mérito (as questões de fundo, o objeto litigioso, o objeto do procedimento, a razão de ser do processo), que deve realmente existir, pois corolário do princípio da segurança jurídica, como não o há em relação a questões processuais já decididas? Por que em relação a elas permite-se a instabilidade?

Não há razão para esse tratamento diferenciado. Ao contrário, a preclusão justifica-se muito mais em relação às questões processuais. É que, solucionada a questão sobre a regularidade do processo, e ressalvados os fatos supervenientes, ao Poder Judiciário somente restaria o exame do mérito da causa. Isso é positivo, pois resolver o litígio é a tarefa principal da atividade jurisdicional.

g) Esse posicionamento, tomado ao pé-da-letra, ainda gera situações absurdas.

Será, realmente, que, arguido o impedimento (falta de requisito processual, que autoriza inclusive ação rescisória), com decisão do tribunal a respeito, é possível o reexame da matéria, em outra oportunidade, por esse mesmo tribunal? Será que, após o processamento

46. Neste ponto, diverge-se de Calmon de Passos, que admite a preclusão, para o juiz, do exame das questões implicitamente decididas na fase de saneamento (*Comentários ao Código de Processo Civil,* 9 ed., cit., p. 500-501). O autor, porém, reconhece que nestes casos não há preclusão do exame da questão para o órgão de segundo grau (ob. cit., p. 504). Não se aceita a conclusão de Barbosa Moreira, de que haveria preclusão "das questões não decididas – desde que antes suscitadas ou simplesmente suscitáveis, ou apreciáveis de ofício – cuja solução cabia no despacho saneador..." (*O novo processo civil brasileiro.* 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 54.) Já que não houve decisão, não se pode falar de preclusão.
47. Neste sentido, corretamente, MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil.* São Paulo: Saraiva, 1974, v. 2, p. 166-172; MALACHINI, Edson Ribas. "Do julgamento conforme o estado do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1977, n. 6, p. 107-108.

desse incidente, que suspende o andamento do processo e em que se permite a interposição de recursos, é possível ao litigante arguir a parcialidade do magistrado novamente, pelas mesmas razões, porque não haveria preclusão? Formulam-se as mesmas perguntas, *mutatis mutandis*, em relação a qualquer outro "pressuposto processual", pois a falta de qualquer deles autoriza o ajuizamento de ação rescisória (incisos II e IV, especificamente, e o inciso V, genericamente, todos do art. 485 do CPC).

A circunstância de a questão de admissibilidade poder ensejar ação rescisória não é suficiente para que se impeça a preclusão da decisão judicial a seu respeito. É que o fato de a questão ser decidida no processo originário não impede a propositura da ação rescisória; ou seja, o fundamento para que a questão não se submeta à preclusão é bem frágil: permite-se a discussão da questão de ordem pública a qualquer tempo, mas não se proíbe, a despeito disso, o ajuizamento da rescisória. A prévia discussão da questão no processo originário não é obstáculo ao ajuizamento da ação autônoma de impugnação.[48]

Enfim, adotar essa postura é comprometer totalmente a segurança jurídica, além de não se conferir o mínimo de respeitabilidade à decisão judicial sobre questões processuais.[49]

h) Há ainda o problema em torno das condições da ação. Distingui-las das questões de mérito é tarefa hercúlea, como já foi visto. Permitir a rediscussão sobre a existência de uma condição da ação é, muita vez, dar ensejo a nova decisão sobre questão de mérito já decidida.

i) Não se descarta a hipótese de que, em certos casos, não haja preclusão para o juiz. É o caso da possibilidade de produção de provas, a qualquer tempo.

Perceba-se, porém, que essa flexibilidade está relacionada ao julgamento da causa: permite-se ao magistrado, com isso, aprimorar a qualidade do seu julgamento. A ausência de preclusão, aqui, justifica-se plenamente, pois de acordo com a finalidade principal do processo, que é a correta decisão do mérito.

48. Há entendimento, inclusive, em sentido oposto. Segundo o n. 298 da súmula do Tribunal Superior do Trabalho, o prequestionamento (o prévio debate da questão) é pressuposto de cabimento da ação rescisória por expressa violação da lei: "A conclusão acerca da ocorrência de violação literal de lei pressupõe pronunciamento explícito na sentença rescindenda, sobre a matéria veiculada". Também neste sentido, STJ, Primeira Seção, AR n. 1.196, rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, j. 26.03.2003, DJ de 13.09.2004, p. 163. Em outro sentido, não reputando o prequestionamento como pressuposto de cabimento da ação rescisória, STJ, 5ª T., REsp n. 468.229/SC, rel. Min. Felix Fischer, j. 08.06.2004, DJ de 28.06.2004, p. 384.

49. "Com efeito, inominado absurdo configuraria, sem mais profunda indagação, o fato de, por exemplo, ter o juiz afirmado, quando do saneamento do processo, o interesse processual do autor e, todavia, voltar atrás, posteriormente, em virtude da solicitação do réu, ou mesmo *ex officio*, e à míngua de qualquer recurso, pronunciando-se outra vez sobre matéria já preclusa, imutável dada a formação de coisa julgada formal, e assim afrontando o disposto no art. 473 do Código". (TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo.* São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975, p. 163).

Não se deve, pois, utilizar a inexistência de preclusão em tais casos como fundamento para que não exista preclusão sobre a decisão que examina a admissibilidade do processo.

j) Muitos dos doutrinadores, que defendem a inexistência de preclusão sobre a regularidade do processo (juízo de admissibilidade positivo), seguem orientação diversa em relação ao juízo de admissibilidade negativo. Nesse caso, extinto o processo pela falta de um "pressuposto processual", a demanda somente poderia ser reproposta se o defeito fosse corrigido, ou seja, a primeira decisão haveria de ser respeitada, tendo, pois, eficácia preclusiva. A postura revela incoerência: ou a decisão sobre a admissibilidade tem eficácia preclusiva, ou não a tem; essa eficácia não pode ser *secundum eventum litis*. A eficácia preclusiva do juízo de admissibilidade negativo será objeto do próximo item, em que serão citadas as orientações doutrinárias a respeito.

Capítulo XVIII

Extinção do Processo (arts. 267, 268 e 269 do CPC)

Sumário • 1. Observação – 2. Uma questão terminológica. A decisão parcial ("extinção imprópria do processo") – 3. Decisões que não examinam o mérito (art. 267 do CPC): 3.1. Consideração introdutória; 3.2. Análise do art. 268 do CPC; 3.3. Indeferimento da petição inicial; 3.4. Abandono do processo pelas partes; 3.5. Abandono do processo pelo autor; 3.6. Falta de "pressupostos processuais"; 3.7. Perempção, litispendência e coisa julgada; 3.8. Falta de condições da ação; 3.9. Convenção de arbitragem; 3.10. Desistência do prosseguimento do processo (revogação da demanda); 3.11. Falecimento do autor e intransmissibilidade do direito discutido; 3.12. Confusão; 3.13. Análise do §3º do art. 267 do CPC – 4. Decisões que examinam o mérito (art. 269 do CPC): 4.1. Resolução ou julgamento de mérito?; 4.2. Julgamento do pedido; 4.3. Homologação da autocomposição das partes; 4.4. Decadência e prescrição.

1. OBSERVAÇÃO

No capítulo anterior deste livro, foi afirmado que há sete possíveis manifestações do *julgamento conforme o estado do processo*. O exame de três delas ficou reservado para este capítulo que se inicia: a extinção do processo sem exame de mérito, a extinção do processo com exame de mérito e a decisão parcial (que tem conteúdo dos arts. 267 e 269 do CPC, mas não extingue o processo). É importante, porém, fazer um alerta: essas três espécies de decisão judicial podem acontecer em outro momento do procedimento, não necessariamente após as providências preliminares. O indeferimento da petição inicial (art. 267, I, CPC), por exemplo, ocorre em momento anterior à ouvida do réu (liminarmente). Nada impede, da mesma forma, que as partes cheguem a um acordo após a au-diência de instrução e julgamento, autorizando a extinção do processo com julgamento de mérito em razão da transação (art. 269, III, CPC).

Enfim, o *julgamento conforme o estado do processo* pode ser uma dessas decisões, mas nem sempre essas decisões serão tomadas nesse momento processual. Eis a razão de termos optado por reservar um capítulo específico para o exame dos arts. 267-269 do CPC, e não inclui-los em tópico do capítulo anterior.

2. UMA QUESTÃO TERMINOLÓGICA. A DECISÃO PARCIAL ("EXTINÇÃO IMPRÓPRIA DO PROCESSO")

Cuida o Código de Processo Civil, nos artigos 267 e 269, das hipóteses de extinção do processo, sem e com julgamento do mérito, respectivamente. O legislador relaciona esses artigos à sentença, visto ser esse o ato que encerra o procedimento em primeira instância, conforme o texto do §1º do art. 162.[1] A redação do Código induz o entendimento de que

1. "§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei".

toda decisão judicial, que tenha por conteúdo uma das hipóteses previstas nesses artigos, será uma sentença. Não é bem assim, porém.

A nova redação do § 1º do art. 162 do CPC, introduzida pela Lei Federal n. 11.232/2005, foi proposta pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual. O objetivo da alteração do texto foi ressaltar que a sentença não mais extingue o processo, como antes se dizia, tendo em vista que toda sentença de prestação, agora, dá ensejo a execução imediata, sem necessidade de um outro processo (de execução) para isso. É por isso que também foi alterado o art. 463 do CPC,[2] para retirar a menção que se fazia ao "encerramento da atividade jurisdicional" com a prolação da sentença. De fato, proferida a sentença, o juiz não mais encerra a sua atividade jurisdicional, pois deverá continuar a atuar, agora na fase executiva.

Após essa alteração legislativa, é preciso compreender a sentença como o ato que encerra o procedimento na fase de conhecimento/execução e em primeira instância. O encerramento do procedimento fundar-se-á ora no art. 267, ora no art. 269 do CPC. O conceito de sentença tem bastante relevância: é com base nele que se saberá qual o recurso cabível, pois, de acordo com o nosso código, da sentença cabe apelação (art. 513 do CPC) e da decisão interlocutória cabe agravo (art. 522 do CPC).

Mas a sentença nem sempre *encerrará* toda a fase de conhecimento/execução, quer porque pode haver recurso, a prolongar a vida da causa, quer porque, sendo demanda de competência originária de tribunal, o ato que porá fim ao processo será acórdão ou decisão monocrática de membro de tribunal (decisão do relator que indefere a petição inicial de uma ação rescisória), e não sentença, decisão proferida em juízo singular. Obviamente, é possível designar toda e qualquer decisão judicial de "sentença", mas definitivamente não é esse o sentido do § 1º do art. 162 do CPC, que se refere a uma determinada modalidade de decisão judicial, com o claro objetivo de organizar o sistema recursal.

Do mesmo modo, nem toda decisão que tiver por conteúdo uma das hipóteses dos arts. 267 e 269 do CPC terá por efeito a extinção da fase de conhecimento. Alguns exemplos de decisões que aplicam os mencionados artigos e não encerram o processo: a) decisão que indefere parcialmente a petição inicial (inciso I do art. 267); b) decisão que reconhece a decadência de um dos pedidos cumulados (art. 269, IV); c) decisão que exclui um litisconsorte por ilegitimidade (art. 267, VI) etc.

São exemplos de decisão interlocutória, que podem, assim, ser impugnadas por agravo (art. 522 do CPC).

É por isso que se deve ter muito cuidado com a terminologia. Os arts. 267 e 269 não prevêem hipóteses em que necessariamente o processo será extinto nem estabelecem

2. " Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la".

matérias que sejam exclusivas de sentença,[3] a despeito da redação do § 1º do art. 162 do CPC.

Os arts. 267 e 269 identificam o conteúdo de certas decisões judiciais, determinando quando se considera que há e não há exame do mérito da causa, o que é importante, do ponto de vista prático, para que se saiba se a decisão pode ou não pode ficar protegida pela coisa julgada. Somente as decisões de mérito ficam acobertadas pela coisa julgada. A nova redação do art. 269 do CPC corrobora essa assertiva ("Há resolução de mérito..."). A nova redação do art. 267 do CPC, com a troca do "julgamento de mérito" por "resolução de mérito", permanece, porém, com a referência à extinção do processo, o que, como vimos, nem sempre acontece. Perdeu-se a chance de corrigir, também, a redação do *caput* do art. 267, que assim deve ser lido: "Não há exame de mérito".

> Oportuna a advertência de Luiz Fux: "Para esse fim de categorização das decisões, importa menos o *nomen juris* à essência do que foi decidido. Assim é que, se o juiz, diante da fragilidade da prova, aplica as regras do art. 333 e incisos do CPC, e decreta a extinção do processo sem análise do mérito, por 'carência de provas' esta sua qualificação não terá o condão de tornar terminativa uma decisão que, à luz do sistema, é definitiva (art. 269 do CPC)".[4]

3. DECISÕES QUE NÃO EXAMINAM O MÉRITO (ART. 267 DO CPC)

3.1. Consideração introdutória

Antes de decidir o mérito, o magistrado deverá verificar se estão presentes os chamados requisitos de admissibilidade do exame do mérito (condições da ação e pressupostos processuais). Trata-se de análise preliminar (e, pois, obrigatória) à análise do mérito. Quando reconhece existente qualquer das causas constantes do rol do art. 267 do CPC, o juiz constata a impossibilidade de julgar/resolver o pedido do demandante. Profere, neste caso, decisões terminativas ("sentenças processuais").

Não se compreende a frase, dita por muitos magistrados, quando aplicam o art. 267 do CPC: "Julgo extinto o processo, sem julgamento do mérito". Está errado. Seria mais correto dizer: "Extingo o processo, sem exame do mérito".

> Não se pode, contudo, misturar as coisas. "Constitui erro gravíssimo extinguir o processo com invocação simultânea de fundamento estranho ao mérito e de fun-

3. Adroaldo Furtado Fabrício denomina essas situações, em que o magistrado decide com base nos arts. 267 ou 269 do CPC, mas não extingue o processo, de extinção imprópria do processo. "Dizemo-la imprópria porque a denominação não se ajusta ao conteúdo conceitual, nem se compatibiliza, do ponto de vista semântico, com a continuação do processo que aí ocorre. Extinção contém a idéia de encerramento, término, ponto final. E, no caso, tal não se dá, pois o processo deve prosseguir sua marcha. Trata-se, pois, de extinção impropriamente dita – ou, mais simplesmente, extinção imprópria". ("Extinção 'imprópria' do processo e recurso cabível". *Ensaios de direito processual.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 237.)
4. *Curso de Direito Processual Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 398.

damento a ele pertinente. Reconhecendo e proclamando a existência de motivo da primeira espécie, abster-se-á o juiz de externar qualquer opinião acerca do *meritum causae*".[5]

A extinção do processo sem o julgamento do mérito não obsta, como regra, a que o autor intente de novo a demanda, desde que seja possível sanar a falha que ensejou o juízo de inadmissibilidade e que se comprove o pagamento das custas processuais e dos honorários de advogado (art. 268 do CPC). A decisão não fica imutável pela coisa julgada material, porquanto não tenha examinado o mérito da causa. São as hipóteses que configuram as chamadas *sentenças terminativas* ou *sentenças processuais*.

Assim como a doutrina enumera os fatos jurídicos aptos a extinguir situações jurídicas (fatos extintivos), é possível sistematizar as hipóteses da relação jurídica processual sem exame do mérito em quatro tipos: *a) extinção por inadmissibilidade:* trata-se de extinção sem julgamento decorrente da aplicação da sanção de invalidade do procedimento (incisos I, IV, V, VI, VII); *b) extinção por morte:* se o autor morrer e o direito for intransmissível (inciso IX); *c) extinção por revogação:* que decorre de manifestação de vontade de uma ou de ambas as partes (incisos II, III e VIII); *d) extinção por confusão:* que, na verdade, não implica decisão terminativa. A distinção tem relevância prática, principalmente por conta de interpretação que se faz do art. 268 do CPC, logo abaixo examinado.

É preciso lembrar, mais uma vez, que o magistrado tem *o dever de examinar o mérito da causa*, só não o fazendo quando houver obstáculo intransponível. Vimos, nos capítulos sobre as invalidades processuais e os pressupostos processuais, que, mesmo diante da falta de um requisito processual de validade, pode o magistrado ignorá-lo, não havendo prejuízo, para avançar e resolver o mérito da causa. Trata-se de lição que não deve ser esquecida. A solução de mérito é o objetivo do processo, a sua própria razão de ser.

3.2. Análise do art. 268 do CPC

Diz-se, com bastante frequência, que as sentenças terminativas, por não versarem sobre o mérito da causa, não impedem a renovação da demanda (art. 268 do CPC).[6] Compreenda-se por renovação da demanda, para evitar desentendimentos, a sua repropositura nos *mesmos termos* em que apresentada primeiramente.

O legislador excepciona expressamente, no entanto, a sentença fundada no inciso V do art. 267, que versa sobre os "pressupostos processuais" objetivos extrínsecos (perempção, litispendência e coisa julgada): neste caso, há vedação expressa de repetição da causa. A proibição estende-se também à extinção do processo em razão da existência de convenção de arbitragem (inciso VII), pressuposto negativo, pela total identidade de *ratio*, que autoriza a analogia. Cumpre lembrar, por fim, que se a causa da extinção do processo desaparecer (por exemplo: o processo que estava pendente, e que autorizou a extinção por litispendência, foi extinto sem exame do mérito), desaparece consequentemente o óbice à repropositura da demanda. O dispositivo deve ser interpretado como que se impusesse à decisão judicial uma cláusula *rebus sic stantibus*.[7]

Frise-se: veda-se a renovação da demanda, cujo procedimento a que dera causa fora extinto em razão de um juízo de admissibilidade negativo. Uma decisão de cunho eminentemente processual, em que se reconhecem presentes fatos que autorizam a nulificação do procedimento instaurado, sem apreciação do mérito, torna-se indiscutível não só no mesmo processo em que proferida, mas também em qualquer outro.

A doutrina e a jurisprudência vislumbraram, porém, no próprio art. 267 do CPC (que cuida da extinção do processo sem exame do mérito), outras hipóteses, além daquelas previstas expressamente, em que não será permitida a renovação da demanda. Há uma tendência de interpretação extensiva do art. 268 do CPC.

Não se admitirá a repropositura por impossibilidade material, nas hipóteses de sentença fundada no inciso IX do art. 267, tendo em vista o falecimento do autor e a intransmissibilidade do direito pleiteado.[8] Do mesmo modo, não se admite a renovação da causa quando a sentença se tiver baseado no inciso X do mesmo artigo, que cuida da hipótese de extinção em razão da confusão, que é causa de extinção da própria relação jurídica obrigacional discutida (art. 381 do CC-2002).

Cabe o exame isolado dos outros casos de extinção do processo por inadmissibilidade: incisos IV e VI do art. 267.

No caso de extinção do processo por falta de "pressuposto processual" (inciso IV), o autor somente poderá postular em juízo novamente se comprovar o suprimento do "pressuposto" faltante. Por exemplo: se a extinção se deu por falta de vênia conjugal ou de comprovação da representação judicial (procuração *ad judicia*), a renovação da causa somente será viável com a prova do consentimento do cônjuge ou com a juntada do instrumento de representação judicial.[9] Esse mesmo entendimento aplica-se aos casos de extinção por indeferimento da petição inicial: a demanda somente pode ser renovada se o defeito for suprido.

5. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Aspectos da 'extinção do processo' conforme o art. 329 CPC". *Temas de direito processual – quinta série.* São Paulo: Saraiva, 1994, p. 94.
6. Art. 268 do CPC: "Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado".
7. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 376.
8. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado.* 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 209, para quem o *caput* do art. 268, primeira parte, deve ser interpretado com ressalvas, já que há outros casos em que se veda a renovação da demanda.
9. Humberto Theodoro Jr., em parecer anexado ao Resp n. 160.850-SP.

O Superior Tribunal de Justiça também considerou inadmissível a repropositura de demanda que não fora apreciada por carência de ação (ilegitimidade *ad causam*), não obstante tratar-se de sentença terminativa, em que se profere um juízo de inadmissibilidade, sem que se corrigisse o defeito.[10-11]

No entanto, parece indiscutível que decisões terminativas fundadas em abandono (de ambas as partes ou só do autor, incisos II e III) e desistência (inciso VIII) não implicam qualquer vedação à repropositura.

Há, pois, sentenças que, embora se fundem no art. 267, adquirem *status* semelhante aos daquelas que ficam submetidas à coisa julgada material (art. 269 do CPC). Por isso, há quem admita a possibilidade de ação rescisória dessas sentenças, mesmo que não sejam de mérito.[12-13]

Qual a razão dogmática para o tratamento diferente das hipóteses de extinção sem exame do mérito? A chave para a compreensão do problema está na percepção de que as causas de extinção do processo sem exame do mérito são de natureza distinta. Conforme foi dito anteriormente, nem toda extinção do processo sem julgamento do mérito decorre de um juízo de admissibilidade negativo, assim como os negócios jurídicos não se extinguem apenas pela invalidação. A doutrina parece ignorar este fato.

Examinado o painel doutrinário e jurisprudencial apresentado, percebe-se que é permitida a renovação da causa, nos mesmos moldes em que anteriormente formulada,

10. Corte Especial, Embargos de Divergência em REsp n. 160.850/SP, rel. p/ acórdão Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.02.2003, DJ de 29.09.2003. Neste acórdão, consta citação de obra de Enrico Tullio Liebman, célebre defensor da concepção de que as condições da ação estão fora do mérito, em que o autor defende a impossibilidade de repropositura de ação, cujo processo houvera sido extinto por carência de ação, sem que se alterem as circunstâncias de fato da primeira demanda (*Manuale di diritto processuale civile*. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1980, v. 1, p. 156). Ainda assim, STJ, 4ª T., REsp n. 103.584-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 5.6.2001, DJU 13.08.2001, p. 159; STJ 4ª. T., REsp n. 191.934-SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 21.09.2000, DJU 04.12.2000, p. 72; STJ, 3ª. T., REsp n. 45.935-SP, rel. Min. Nilson Naves, j. 04.10.1994, DJ 31.10.1994, p. 29495. Na doutrina, NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante*. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 268; SANTOS, Nelton dos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antônio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p.779; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. "Coisa julgada, condições da ação e a impossibilidade de repropositura da demanda". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 17, p. 49-58.
11. Convém advertir que, se for corrigida a legitimidade *ad causam*, não se tratará de uma repropositura da demanda, mas, sim, da propositura de demanda diversa. (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p 392.) Aliás, como está claro no voto-vista proferido pelo Min. César Asfor Rocha, no REsp 103.584-SP.
12. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 2 ed. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2001, p. 501; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 163-164. Também nessa linha, TFR, 2ª Seção, AR n. 1.501/RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro. Em sentido contrário, não admitindo a rescisória nessa situação, acórdão do STF, AR n. 1.056-6/GO, rel. Min. Octávio Gallotti, publicado no DJU 25.05.2001 e na *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 104, p. 263-272.
13. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 6, p. 174.

somente nos casos de extinção por vontade das partes (real ou presumida; desistência e abandono, respectivamente). Nessas situações, o magistrado não profere juízo sobre o mérito nem afirma inadmissível o procedimento: extingue o processo pela revogação da demanda. Para que o autor volte a juízo, basta que pague as despesas do processo anteriormente extinto (*caput*, segunda parte, do art. 268 do CPC).

As hipóteses de extinção por falecimento do autor e por confusão não se referem ao juízo de inadmissibilidade, mas ambas, por razões diferentes, não permitem a repropositura: impossibilidade material, no primeiro caso; análise do mérito, no segundo (o inciso X, conforme será visto, está no lugar errado do CPC).

Sobram as hipóteses de extinção por inadmissibilidade previstas no art. 267 do CPC: a) indeferimento da petição inicial, juízo de inadmissibilidade liminar (I); b) falta de pressupostos processuais (IV); c) carência de ação (VI); d) existência de pressupostos negativos (V e VII). Todas elas levam a uma *decisão terminativa*, que, uma vez transitada em julgado, impede a renovação da demanda sem que se tenham consertado os defeitos identificados. O legislador previu isso expressamente no art. 268; a jurisprudência ampliou a vedação para as demais hipóteses. E a razão disso é bem clara: o juízo de inadmissibilidade consiste na aplicação da sanção de invalidade do procedimento; é uma decisão constitutiva negativa, que resolve definitivamente a questão da admissibilidade do procedimento; como sanção que é, tem de ser respeitada e cumprida; não teria sentido qualquer interpretação que permitisse à parte "escapar" à sanção, renovando a demanda com os mesmos defeitos já identificados.

O juízo de admissibilidade é decisão, tanto quanto o juízo de mérito: possuem, certamente, objeto distinto, mas isso não autoriza a conclusão de que aquele merece tratamento menos rigoroso. O magistrado faz dois juízos: um sobre o processo e outro sobre a relação jurídica discutida, sendo que o primeiro é preliminar ao segundo. A imutabilidade somente pode recair sobre aquilo que foi decidido – obviamente, na extinção do processo sem exame do mérito, não há preclusão sobre a questão de mérito, que não foi apreciada; mas pode haver preclusão quanto à admissibilidade do processo, que foi apreciada. Não há resolução de mérito, mas há resolução sobre o processo; há decisão, que estabelece um preceito, que precisa ser respeitado. É certo, então, que não se pode retirar do juízo de inadmissibilidade do processo a aptidão de impedir a renovação da demanda, chame-se ou não essa vedação de coisa julgada.

Urge, assim, a reforma legislativa do art. 268 do CPC, para que nele se incluam todas as hipóteses em que a extinção do processo sem julgamento do mérito impede a repropositura da demanda: a) morte; b) inadmissibilidade. É também necessário o esclarecimento sobre a rescindibilidade de tais decisões, de modo a solucionar a divergência que se vê nos tribunais superiores em derredor do tema.

Finalmente, impõe-se ao escrivão ou chefe de secretaria, acaso o réu ainda não tenha sido citado, o dever de comunicar-lhe do trânsito em julgado dessas decisões, de modo que, no futuro, possa opor esta exceção processual se o autor renovar a demanda.

Aplica-se aqui por analogia o disposto no art. 219, § 6º, CPC,[14] que cuida da hipótese de indeferimento liminar pelo reconhecimento da prescrição e decadência, que por ser decisão de mérito está apta a ficar imune pela coisa julgada, impedindo, assim, a renovação da demanda.

> Muito interessante e coerente é o pensamento de LUIZ EDUARDO MOURÃO que distingue preclusão e coisa julgada formal de maneira bastante original. Para o autor, coisa julgada formal é a indiscutibilidade externa (fora do processo), que se refere às decisões cujo conteúdo é processual (art. 267 do CPC), em contraposição à coisa julgada material, que é a mesma indiscutibilidade externa, só que das decisões de mérito (art. 269 do CPC), distinguindo-se ambas da preclusão, que opera efeito dentro do processo (indiscutibilidade interna). A distinção entre coisa julgada *formal* e *material* teria por base o conteúdo da decisão que uma ou outra torna indiscutível (o que dá coerência à adjetivação do instituto: formal é a coisa julgada da sentença processual e material é a coisa julgada da sentença de mérito)[15].
>
> Esse pensamento ajuda a compreender o complexo fenômeno previsto no art. 268 do CPC, em que se veda a repropositura de demanda cujo processo a que deu causa foi extinto sem resolução de mérito. Para o mencionado autor, o caso é de coisa julgada formal, e não de mera preclusão, pois projeta efeitos para *fora* do processo em que surgiu, impedindo a rediscussão da questão processual não só no processo em que foi resolvida, mas também em qualquer outro. Esse pensamento também explicaria a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória contra decisão terminativa, nos casos subsumidos ao art. 268 do CPC, que estão examinados no v. 3 deste *Curso*[16].
>
> Esta lição, ainda, confirma o que se disse acima: há sentenças que, embora se fundem no art. 267, adquirem *status* semelhante aos daquelas que ficam submetidas à coisa julgada material (art. 269 do CPC).
>
> Trata-se de lição que, por sua coerência e utilidade, merece ser difundida.

3.3. Indeferimento da petição inicial

O indeferimento da petição inicial aparece como primeira causa de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, I, do CPC). E de fato essa é a regra. Conforme já foi visto por ocasião do estudo da petição inicial, é também possível a extinção do processo, com análise do mérito, em razão do indeferimento da inicial (improcedência *prima facie*), nas hipóteses de reconhecimento da decadência legal, prescrição e no julgamento das causas repetitivas (art. 285-A).

14. "§ 6º Passada em julgado a sentença, a que se refere o parágrafo anterior, o escrivão comunicará ao réu o resultado do julgamento".
15. MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Ensaio sobre a coisa julgada civil (sem abranger as ações coletivas). Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 107-108.
16. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória.* 2 ed. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2001, p. 501; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória.* São Paulo: Malheiros, 2005, p. 163-164. Também nessa linha, TFR, 2a. Seção, AR n. 1.501/RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro. Em sentido contrário, não admitindo a rescisória nessa situação, acórdão do STF, AR n. 1.056-6/GO, rel. Min. Octávio Gallotti, publicado no DJU 25.05.2001 e na Revista de Processo, São Paulo, RT, n. 104, p. 263-272.

Sobre o indeferimento da petição inicial, remetemos o leitor ao capítulo sobre petição inicial, sem deixar de relembrar uma circunstância muitíssimo importante: essa modalidade de extinção do processo é liminar, sem a citação do réu.

3.4. Abandono do processo pelas partes

O inciso II do art. 267 do CPC trata da hipótese em que o processo se extingue em razão da sua paralisação, por mais de um ano, por inércia das partes. O fato gerador da extinção, como bem aponta Adroaldo Furtado Fabrício, é a simples paralisação do processo por esse lapso temporal: "não há propriamente necessidade de algum ato de impulsão atribuído às partes, bastando o fato simples da imobilidade para gerar a presunção de desinteresse pelo prosseguimento".[17]

Não se deve indagar sobre qualquer elemento subjetivo nesta conduta omissiva.[18]

Antes de extinguir o processo, deve o magistrado, sob pena de nulidade da sentença, providenciar a intimação pessoal das partes, para que, em 48h, demonstrem o interesse no prosseguimento do processo (art. 267, § 1º, do CPC). Esta providência justifica-se como uma forma de alerta às partes sobre eventual negligência dos seus advogados.

As partes arcarão, proporcionalmente, com as custas processuais, cada uma pagando os honorários do seu advogado (art. 267, § 2º, do CPC).

É possível a extinção do processo, nesses casos, independentemente de provocação das partes.

3.5. Abandono do processo pelo autor

Pode o magistrado determinar a extinção do processo sem análise de mérito, quando o autor, por não promover os atos ou diligências que lhe cabem, abandonar a causa por mais de 30 dias. À semelhança do que ocorre na situação em que ambas as partes abandonam a causa, deve o magistrado, antes de extinguir o processo, e sob pena de nulidade da sentença, determinar a intimação pessoal do autor para que, em 48h, diligencie o cumprimento da providência que lhe cabe (art. 267, § 1º, CPC). O autor será condenado ao pagamento das despesas processuais e honorários de advogado, esses apenas se o réu já houver sido citado (art. 267, § 2º).

Trata-se de hipótese de extinção do processo sem exame do mérito por motivo não relacionado à admissibilidade do procedimento. Assim como outras relações jurídicas (por exemplo, a relação jurídica real de propriedade, art. 1.275, III, CC-2002), o processo

17. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa". *Ensaios de direito processual.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 372.
18. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa". *Ensaios de direito processual.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 372; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 379.

também pode ser extinto por abandono. Não é caso, pois, de extinção em decorrência de invalidação do procedimento.

Diversamente do que ocorre com o abandono das partes, nessa situação há de ser investigado um elemento subjetivo - as razões da inércia devem ser examinadas, notadamente, em razão da grave conseqüência que pode advir da extinção do processo com base no inciso III do art. 267: a perempção (art. 268, par. ún., do CPC).[19]

Não pode o magistrado extinguir *ex officio* o processo em razão do abandono do au-tor, se o réu já estiver no processo (se não estiver no processo, é inconcebível exigir o consentimento do réu).[20] Em caso de inércia do demandante, deve o magistrado esperar o pedido do réu. A conclusão de Adroaldo Furtado Fabrício é muito interessante: a admitir-se a extinção sem a provocação do réu, o abandono da causa poderia ser utilizado como forma tácita e indireta de desistência do processo, cujos efeitos se produziriam sem dar-se ao réu qualquer possibilidade de manifestar eventual interesse no julgamento do mérito (§4º do art. 267, CPC).[21] O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou neste sentido, como se percebe do verbete 240 da súmula da sua jurisprudência predominante: "A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu".[22]

O abandono assemelha-se muito à desistência. A diferença é basicamente a forma: o abandono é tácito e a desistência, expressa.

O processo somente deve ser extinto se o ato, cujo cumprimento cabe ao autor, for indispensável para o julgamento da causa; se a sua omissão inviabilizar a análise do mérito. Assim não se deve extinguir o processo se o autor não depositar os honorários periciais, por exemplo: a conseqüência desta inércia seria, no máximo, a não-realização da perícia.[23]

Não se pode falar de abandono do autor em inventário, falência ou insolvência civil. Nesses casos, a desídia do representante judicial (inventariante ou síndico) tem por conseqüência a sua destituição, com a nomeação de um substituto.[24]

19. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa". *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 372.
20. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Aspectos da 'extinção do processo' conforme o art. 329 CPC". *Temas de direito processual – quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 91.
21. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 373. Em sentido contrário, MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 381; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Aspectos da 'extinção do processo' conforme o art. 329 CPC". *Temas de direito processual – quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 91-92.
22. "Com base no art. 267, III, do CPC, descabe ao juiz, de ofício, decretar a extinção do processo, sendo imprescindível a postulação da parte." (Ac. un. da 5ª Turma do STJ, 03.09.96, rel. Min. José Arnaldo).
23. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 381. Em sentido contrário, sem examinar o tema, STJ, REsp 549.295-AL, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 14.6.2
24. ARAÚJO, Mauro Alves de. *Extinção do processo e saneamento*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 63.

3.6. Falta de "pressupostos processuais"

Afirma o inciso IV do art. 267 do CPC que o processo haverá de ser extinto, sem exame do mérito, quando faltar pressupostos de sua constituição ou de seu desenvolvimento válido.[25]

Quando examinamos os "pressupostos processuais", vimos que apenas em relação à falta de alguns "pressupostos processuais" seria possível falar em extinção do processo. Extingue-se o processo, por exemplo, se verificada a incapacidade processual.

É difícil, na prática, a falta de um pressuposto processual implicar, *ipso facto*, a extinção do processo. Normalmente, é sanável essa falta, por estar relacionada a um vício de forma, como ocorre com a possibilidade de emenda da petição inicial (art. 284 do CPC) e de correção da capacidade processual (art. 13 do CPC). A incompetência, da mesma forma, não implica a extinção do processo, mas remessa dos autos ao juízo competente (art. 113, § 2º, e art. 311, ambos do CPC; exceção à regra é o inciso III do art. 51 da Lei n. 9.099/95. A falta de capacidade processual do réu (não sanada) não implica extinção do pro-cesso, mas, ao revés, o seu prosseguimento, como se o réu fosse revel (art. 13, II, do CPC); a mesma conseqüência ocorrerá se lhe faltar capacidade postulatória (art. 265, § 2º, CPC). Se a incapacidade processual é do terceiro, a conseqüência é a sua exclusão do processo, que permanece vivo (art. 13, III, do CPC). A suspeição e o impedimento não geram a extinção do processo, mas a remessa dos autos ao juiz substituto legal (art. 314 do CPC).

Remetemos o leitor ao que dissemos no capítulo sobre pressupostos processuais.

3.7. Perempção, litispendência e coisa julgada

No inciso V do art. 267 do CPC, o legislador cuidou de isolar alguns requisitos processuais negativos, retirando-os da regra geral prevista no inciso IV do mesmo artigo.

Este isolamento deve-se, basicamente, a três fatores: a) havia uma certa controvérsia doutrinária sobre a natureza de tais figuras, se "pressupostos processuais" ou condições da ação, evitando o legislador tomar posição definitiva na controvérsia;[26] b) são requisitos processuais cuja falta inexoravelmente levará ao juízo de inadmissibilidade do processo; c) recebem um tratamento diferenciado do legislador, pois compõem hipótese em que a extinção do processo sem exame do mérito impede a repropositura da demanda (art. 268 do CPC).

A redação do inciso não é das melhores, pois dá a entender que a verificação de tais fatos somente poderia dar-se com a "alegação" de uma parte, o que não pode ser aceito,

25. O texto legal parece aderir à distinção doutrinária entre pressupostos de existência e pressupostos de validade.
26. Sobre a discussão, com amplas referências, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Aspectos da 'extinção do processo' conforme o art. 329 CPC", cit., p. 85.

notadamente à luz do que dispõe o § 3° do art. 267, que expressamente autoriza o reconhecimento *ex officio* da existência de um desses impedimentos.

Uma outra observação importante é que estes fenômenos podem ocorrer em relação a apenas parcela da demanda (litispendência parcial), nos casos de processo cumulativo, quando não haverá extinção do processo, mas somente o juízo de inadmissibilidade da parcela em que se verificou a perempção, litispendência ou coisa julgada, com o prosseguimento da causa para o julgamento da outra parcela.

Dá-se a perempção quando o autor der causa por três vezes à extinção do processo por abandono, e somente nesta hipótese (art. 267, III, c/c o art. 268, parágrafo único, todos do CPC). Assim, proposta a mesma demanda pela quarta vez, é caso de extinção do processo em razão da perempção. O que perime, porém, não é o direito abstrato de ação, muito menos o direito material pleiteado. Perde o autor o direito de demandar sobre aquela mesma situação substancial; perde o direito de levar aquele litígio ao Poder Judiciário, até mesmo pela via da reconvenção. A pretensão material do autor resta incólume: ele poderá deduzi-la como matéria de defesa, como exceção substancial (compensação, por exemplo), caso venha a ser demandado.

A perempção é uma sanção que se aplica à prática de um ato ilícito, consistente em um abuso do direito de demandar. Trata-se de ato ilícito (o abuso de direito é um ato ilícito) que tem por sanção a perda de um direito. O abandono da causa por três vezes é, pois, um ilícito caducificante.

Cumpre lembrar, ainda, que é possível cogitar de litispendência/coisa julgada mesmo sem a existência da chamada tríplice identidade (art. 301, § 2°, do CPC). No âmbito das causas coletivas, a verificação da litispendência e da coisa julgada prescinde da identidade de partes (basta a identidade de pedido e da causa de pedir).[27] Nas causas coletivas, há inúmeros co-legitimados legalmente autorizados a atuar na defesa do mesmo interesse, do mesmo direito, cuja titularidade pertence a um único sujeito de direitos (a coletividade). Logo, o que importa para a configuração da identidade de demandas é a precisa correspondência entre o pedido e a causa de pedir, uma vez que vários são os extraordinariamente legitimados a demandar no interesse do sujeito titular da relação substancial deduzida ("o agrupamento humano").

Por outro lado, no plano das causas individuais, despicienda é a identidade de partes nos casos de co-legitimação ativa – ou seja, litisconsórcio unitário facultativo ou legitimação concorrente, fenômenos relacionados à legitimação extraordinária, conforme visto no capítulo sobre o assunto – para configuração de tais fenômenos,[28] pelas mesmas razões apontadas acima no estudo da litispendência em ação coletiva.

27. ZANETI JR., Hermes. *Mandado de segurança coletivo — aspectos processuais controversos.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 150; GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16.
28. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente". In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 273-294.

3.8. Falta de condições da ação

As condições da ação já foram examinadas no capítulo sobre a admissibilidade da causa. Convém relembrar, apenas, a intensa polêmica doutrinária sobre a natureza jurídica da sentença de carência de ação, para uns, decisão terminativa, para outros, decisão que examinou o mérito, apta a ficar imune com a coisa julgada material.

3.9. Convenção de arbitragem

A existência de convenção de arbitragem em torno do objeto litigioso impede o exame do mérito pelo órgão jurisdicional. A não-existência de convenção de arbitragem é requisito processual de validade do procedimento. É por isso que, constatado esse fato, o processo deve ser extinto sem exame do mérito (art. 267, VII, CPC).

A convenção de arbitragem, como se sabe, é gênero de cláusula contratual que tem duas espécies: a *cláusula compromissória*, em que os contratantes decidem que qualquer conflito futuro em torno do negócio deverá ser resolvido por árbitro, e o *compromisso arbitral*, pelo qual os contratantes decidem que *determinado conflito já existente* deve ser resolvido no juízo arbitral.

Costuma-se dizer que a verificação dos "pressupostos processuais" pode ser feita a qualquer tempo pelo órgão jurisdicional (art. 267, § 3°, CPC, c/c art. 301, § 4°, CPC).

Em relação à convenção de arbitragem, porém, há uma controvérsia em razão da redação do § 4° do art. 301. A leitura desse dispositivo pode levar à conclusão de que o órgão jurisdicional não pode conhecer de ofício a existência de compromisso arbitral; somente poderia fazê-lo em relação à cláusula compromissória. Eis o texto: "§ 4° Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo".

Parece que, realmente, o legislador pretendeu distinguir o regime processual de análise das espécies de convenção de arbitragem, dando mais prestígio à cláusula compromissória, ao permitir o conhecimento de ofício de sua existência pelo magistrado. A Lei n. 9.307/1996, que redefiniu a arbitragem no direito brasileiro, procedeu à correção da terminologia de diversos artigos do CPC, substituindo a designação "compromisso arbitral", mais específica, por "convenção de arbitragem", mais genérica. Não o fez, porém, no § 4° do art. 301, que se refere apenas ao compromisso arbitral.[30]

Assim, para que o órgão jurisdicional extinga o processo em razão da existência de compromisso arbitral, é preciso que haja provocação da parte interessada; para que extinga em razão da existência de cláusula compromissória, não é necessário o requerimento da parte.

30. Sobre a discussão, amplamente, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença.* 4ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 63-68; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 387.

Sucede que a questão não pode ser resolvida de maneira tão simples.

Se é certo que a convenção de arbitragem é um negócio jurídico que somente pode ser celebrado por pessoas capazes, para a solução de conflito em torno de direitos disponíveis, é certo também que essas mesmas partes podem fazer um outro negócio que extinga o primeiro, por mútuo consenso. Nada impede que as partes, portanto, façam uma outra convenção, com o objetivo de extinguir a convenção anterior. A autonomia privada, que é a fonte do poder normativo que gera a convenção de arbitragem, tem aptidão para também extingui-la.

Para resolver a questão, partimos da premissa de que existem defeitos processuais que geram invalidação do procedimento *ex officio*, mas não a qualquer tempo (conforme visto no capítulo sobre invalidades processuais), que existem ao lado dos defeitos que somente geram invalidação por provocação da parte e dos defeitos que geram invalidação *ex officio,* a qualquer tempo, enquanto o processo estiver pendente.

Assim, o silêncio do demandado quanto à existência da convenção de arbitragem deve ser compreendido como aceitação da proposta tácita feita pelo autor de "distrato" da convenção de arbitragem anteriormente celebrada. Se se está diante de uma discussão em torno de direitos disponíveis, o que é o caso, essa é a única solução possível à luz do direito fundamental ao auto-regramento da vontade, manifestação do direito à liberdade.

Essa aceitação também pode revelar-se quando o réu, não obstante alegue a existência da convenção de arbitragem (art. 301, IX, CPC), apresente uma reconvenção, em que se discutam questões que também deveriam ser resolvidas por árbitro. Há, aí, *comportamento contraditório* do réu, conduta ilícita à luz da boa-fé objetiva, que deve orientar o comportamento das partes.

Diante do silêncio do demandando, o órgão jurisdicional não poderá mais extinguir o procedimento em razão da convenção de arbitragem, qualquer que seja a sua espécie.

Antes de ouvir o réu, porém, o magistrado pode extinguir o processo, sem exame do mérito, se constatar a existência de *cláusula compromissória*, aplicando o § 4º do art. 301, CPC. A extinção em razão da existência de *compromisso arbitral* somente pode ocorrer se houver requerimento do réu. Se o réu apresentar resposta e omitir-se em relação à existência da convenção de arbitragem, o processo não poderá mais extinguir-se por esse motivo, devendo ser compreendido esse silêncio como aceitação tácita da proposta de "revogação bilateral" da convenção de arbitragem.

3.10. Desistência do prosseguimento do processo (revogação da demanda)

A desistência do prosseguimento do processo é um ato unilateral do demandante, a princípio sem necessidade do consentimento do réu, pelo qual ele abdica expressamente da sua posição processual (autor), adquirida após o ajuizamento da causa.[31]

31. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Desistência da ação.* São Paulo: Saraiva, 1988, p. 5.

Tecnicamente, não se trata de desistência da ação, como afirma o inciso VIII do art. 267; é, sim, desistência do prosseguimento do processo.[32]

Admite-se a desistência parcial, hipótese em que não haverá extinção do processo, pois a parcela não desistida deve prosseguir para ulterior julgamento. Se houver litisconsórcio passivo necessário, não pode o autor desistir do prosseguimento do processo apenas em relação a um dos co-réus. Nada impede, contudo, que, no litisconsórcio facultativo ativo, apenas um dos autores desista; no caso do litisconsórcio facultativo passivo, é possível que apenas em relação a um dos réus-litisconsortes haja a desistência.

Não se confunde a desistência com o abandono de que trata o inciso III do mesmo art. 267, que é conduta tácita, ao contrário da desistência, que é expressa.

Não se admite a desistência após a prolação da sentença. Pode o autor, se ganhou a causa, renunciar ao direito de executar ou desistir da execução eventualmente já ajuizada; ou, se perdeu, renunciar ao direito de recorrer ou desistir do recurso que já interpôs;[33] mas desistir da causa que já foi julgada, não, pois não há mais do que desistir, uma vez que a prestação jurisdicional almejada já foi entregue.[34]

Convém, assim, distinguir a desistência do processo e a desistência do recurso. A desistência do processo extingue-o sem julgamento do mérito (art. 267, VIII, do CPC); a desistência do recurso pode implicar extinção do processo com ou sem julgamento do mérito, a depender do conteúdo da decisão recorrida, como também pode não implicar a extinção do processo: caso de uma desistência de um agravo de instrumento. A desistência do processo precisa ser homologada pelo magistrado (art. 158, parágrafo único, do CPC), dispensada na desistência do recurso (art. 501 do CPC). A desistência do processo depende do consentimento do réu, se já houve resposta (art. 267, § 4º, do CPC); na desistência do recurso, o consentimento é dispensado (art. 501 do CPC). O advogado tem de ter poder especial para revogar a demanda; no caso da desistência do recurso, também se exige poder especial, mas somente quando implicar a extinção do processo; esse poder especial será de disposição de direito material (renúncia ou reconhecimento), quando houver extinção do processo com análise do mérito.

Estão incorretas as expressões "pedir desistência" e "pedido de desistência". Não se pede a desistência; desiste-se. O que o desistente requer é a homologação da desistência, tendo em vista que esta somente produz efeitos após a chancela judicial (art. 158, parágrafo único, do CPC).

32. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa". *Ensaios de direito processual.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 394.
33. Neste sentido, CUNHA, Leonardo José Carneiro. "Anotações sobre a desistência da ação". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2003, n. 3, p. 55. O autor cita o acórdão da 2ª T. do STJ no Resp 89.474/SP, j. 08.09.1998, DJ de 24.05.1999, p. 118.
34. O STF não admitiu a desistência de recurso extraordinário, após a ter sido prolatada decisão, mesmo que ainda não publicada (AgReg no RE 212.671-3, 1ª T., rel. Min. Carlos Brito, j. 02.09.2003, DJU de 17.10.2003, p. 20).

Se já houve oferecimento de defesa, a homologação da desistência exige o consentimento do demandado – ainda que tenha sido apresentada a contestação por curador especial (art. 9º, II, do CPC). É o oferecimento da defesa,[35] mesmo antes do vencimento do prazo, o parâmetro para saber se há ou não necessidade de prévio consentimento, e não o simples escoamento do prazo de resposta do réu, como indica o § 4º do art. 267 do CPC. Às vezes, porém, a primeira manifestação do réu no processo é a interposição de um recurso – agravo de instrumento – contra eventual decisão liminar que lhe seja desfavorável. Neste caso, mesmo que ainda não tenha havido a apresentação da resposta, a homologação da desistência do processo exige a vênia do réu. Se houve o escoamento do prazo de defesa sem qualquer resposta (revelia), não há necessidade de consentimento do demandado.[36] Reiterada jurisprudência do STF, contudo, admite a desistência do mandado de segurança a qualquer tempo, independentemente da anuência do impetrado.

No entanto, mesmo se houver resposta do réu, é possível cogitar de hipótese em que a anuência é despicienda. Imagine-se a situação em que o próprio réu, em sua defesa, requer a extinção do processo sem julgamento do mérito.[37] Neste caso, não teria como o réu rejeitar a desistência apresentada, por absoluta falta de interesse – para contestar é necessário ter interesse, afirma o art. 3º do CPC. É que a desistência do demandante lhe proporciona o exato resultado almejado: a extinção do processo sem exame do pedido. A recusa do consentimento não pode ser fruto de mero capricho do réu.[38-39]

Desistência do processo é ato distinto da renúncia ao direito sobre o que se funda a demanda. Ambos são atos processuais dispositivos, que exigem do advogado poder especial para agir (art. 38), mas a desistência não se refere ao direito demandado, mas apenas ao prosseguimento do processo (daí implicar decisão terminativa); a renúncia, ao contrário, diz respeito ao próprio direito em que se pauta a demanda – gera, pois, extinção do processo *com* julgamento do mérito.

35. "Seria inaceitável que, após sofrer os ônus de ter de se defender da ação proposta, a desistência ainda independesse de sua concordância. Chamado a juízo, o réu tem o direito ao julgamento da lide, posição esta que coincide com o interesse do próprio Estado, ao qual não convém que os processos se encerrem sem solucionar o mérito, com a possibilidade de se reiniciarem a seguir, atravancando os juízos inutilmente, apenas para satisfazer um capricho do autor". (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2I, p. 404).
36. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 404. No mesmo sentido, CUNHA, Leonardo José Carneiro. "Anotações sobre a desistência da ação". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2003, n. 3, p. 51. Contra, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 156.
37. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Desistência da ação.* São Paulo: Saraiva, 1988, p. 27.
38. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 394. Neste sentido, CUNHA, Leonardo José Carneiro. "Anotações sobre a desistência da ação". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2003, n. 3, p. 52-53. Vale a pena conferir os seguintes julgados: 4ª T. do STJ, REsp 241.780/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 17.02.2000, DJ de 03.04.2000, p. 157; 6ª T. do STJ, Resp 115.642/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 22.09.1997, DJ de 13.10.1997, p. 51.660.
39. Mais correta era a redação do CPC-39, que expressamente determinava a averiguação do interesse do réu em negar consentimento à desistência (art. 181, par. ún.): "A recusa do réu será rejeitada, se da desistência não lhe resultar prejuízo".

A decisão que homologa a desistência tem, ainda, um efeito anexo: o juízo que a homologou fica prevento para julgar a demanda, se eventualmente ela for reproposta (art. 253, II, CPC).[40]

O art. 3º da Lei Federal n. 9.469/97 determina que os representantes judiciais da União, suas autarquias e fundações, bem como das empresas públicas federais, só podem concordar com a desistência da causa se o autor renunciar ao direito sobre que se funda a demanda. Como não bastasse a desistência, o autor há de renunciar ao direito, de modo que a decisão fique acobertada pela coisa julgada material. Embora aparentemente violenta, trata-se de medida legítima, obviamente não aplicável a qualquer hipótese, como nos seguintes exemplos: a) nas ações cautelares, em que não são veiculadas pretensões materiais passíveis, pois, de renúncia; b) nas situações em que o próprio ente público, em sua peça de defesa, havia solicitado a extinção do processo sem análise do mérito.

A desistência na ação civil pública tem regramento expresso. Quando a associação autora desiste da causa de forma infundada, autoriza-se que um outro co-legitimado à propositura da demanda coletiva, inclusive o Ministério Público, a suceda, assumindo a posição ativa da causa (art. 5º, § 3º, Lei Federal n. 7.347/85). Não se admite desistência na ADI e na ADC (Lei Federal n. 9.868/1999, arts. 5º e 16).

Caberá ao autor o pagamento das custas processuais remanescentes (art. 26 do CPC; art. 14, § 1º, Lei Federal n. 9.289/96). Se parcial a desistência, a responsabilidade pelas despesas processuais será proporcional à parte de que se desistiu (art. 26, §1º, do CPC).

Por fim, há decisões que têm rejeitado a homologação da desistência, sob o fundamento de que a causa em jogo não permite essa espécie de ato dispositivo. Recentemente, p. ex., o Superior Tribunal de Justiça não admitiu a homologação de desistência de uma investigação de paternidade feita pelo representante do menor-autor.[41]

3.11. Falecimento do autor e intransmissibilidade do direito discutido

O inciso IX do art. 267 diz que o processo será extinto, sem exame do mérito, "quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal". A redação é infeliz. Na verdade, o que determina a extinção do processo, nestas situações, é um fato jurídico composto: a morte do autor associada ao fato de que o direito em litígio é intransmissível. Não é a simples intransmissibilidade do direito que determina a extinção do processo. Há direitos que são intransmissíveis de forma absoluta; há outros que podem ser transmitidos, se o antigo titular já tiver ajuizado demanda para reconhecê-los/efetivá-los – neste caso,

40. A crítica à opção legislativa encontra-se em DIDIER Jr., Fredie. *A nova reforma processual.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 36-51.
41. STJ, 4ª. T., RESP 472608-AL, publicado no DJ de 09.06.2003, p. 276, rel. Min. Aldir Passarinho Jr.

se "inibe o ajuizamento da ação ainda não aforada, mas não obsta o prosseguimento da que já se propusera".[42]

> Cumpre lembrar que os direitos da personalidade são, em regra, intransmissíveis (art. 11 do CC-2002). O falecimento de um dos cônjuges põe termo à ação de separação, eis que essa parcela da demanda é intransmissível. Se a demanda contiver parte transmissível e parte intransmissível, nada impede que prossiga em relação àquela parcela, com a habilitação dos herdeiros (Theotônio Negrão, nota 46 ao art. 267)

3.12. Confusão

O inciso X do art. 267 afirma que o processo será extinto, sem análise do mérito, quando houver a confusão entre autor e réu. Dá-se a confusão quando as situações jurídicas de credor e devedor se fundirem no mesmo sujeito de direito (art. 381 do CC-2002).[43] Se a mesma pessoa assume as posições de autor e réu, já não há processo, muito menos relação jurídica: a relação seria a de um sujeito consigo mesmo. "O prosseguimento do processo, em tal emergência, seria uma impossibilidade lógica, por falta de partes".[44] São exemplos: locatário que adquire o bem na pendência da ação de despejo; o réu que compra do autor o imóvel no curso da reivindicatória; sociedades que litigam entre si vêm a fundir-se.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier, esta hipótese se subsume à de carência de ação, pois, em verdade, faltaria interesse processual.[45]

A confusão é fato que extingue a obrigação. Assim, a rigor, não é só o processo que se extingue, mas a própria relação jurídica substancial nele deduzida. É caso, pois, de *extinção do processo com resolução de mérito*, à semelhança do que já ocorre com aquela fundada no pagamento ou na transação, que são também modalidades de extinção da obrigação.[46]

42. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa". *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 395.
43. "Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor".
44. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 395.
45. *Nulidades do processo e da sentença*. 4 ed. São Paulo: RT, 1998, p. 71.
46. "Com efeito, a confusão é instituto de direito material, integrando o elenco dos motivos de extinção das obrigações. Visto por esse ângulo o problema, e atendendo-se a que os casos de extinção do processo 'com julgamento do mérito' melhor se definiriam pela expressão 'com resolução do mérito', a confusão encontraria lugar mais adequado no art. 269 do que neste 267. Com efeito, como ficou dito, a extinção não é do processo só, mas do litígio mesmo; mais ainda, da própria relação jurídico-material nele envolvida. Como na linguagem comum, a palavra relação, também se empregada em sentido jurídico, supõe pluralidade de pólos; toda relação só pode ser entre pessoas, coisas, idéias etc., sempre no plural. No momento em que os termos, ou pólos, se reduzem a um, relação já não pode haver. Note-se que, postas essas premissas, ocorrida a confusão e só por causa dela, a relação jurídico-processual poderia ainda, teoricamente, continuar, porque subsistente a pluralidade (juiz, 'parte'). Já o vínculo jurídico-material, este sim, resulta extinto por impossibilidade lógica de sua continuação: a relação seria de um sujeito consigo mesmo, vale dizer, uma 'não-relação'". (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 396.)

3.13. Análise do §3º do art. 267 do CPC

As matérias tratadas pelos incisos IV, V e VI do art. 267 do CPC consideram-se como de ordem pública. Assim, podem ser examinadas *ex officio* e a qualquer tempo ou grau de jurisdição. São questões relativas à admissibilidade do processo, pois, uma vez verificadas, impedem o seu exame. O réu que não as alegar na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, arcará com as custas do retardamento (art. 267, § 3º, do CPC-73).

Algumas observações se fazem absolutamente necessárias:

a) Nem toda falta de pressuposto processual pode ser levada em consideração *ex officio* pelo magistrado, como ocorre com a incompetência relativa (falta de pressuposto processual subjetivo relacionado ao juízo).

b) De acordo com a teoria da asserção, vista no item sobre as condições da ação, a análise da carência de ação somente poderia ser feita por ocasião do juízo de admissibilidade da petição inicial, a partir das afirmações nela feitas pelo demandante; uma vez citado o réu, com apresentação da defesa, não se poderia mais cogitar de extinção do processo sem exame do mérito em razão da carência de ação. Conforme vimos, trata-se de concepção doutrinária que vem ganhando adeptos e que, pelos seus termos, mitiga o disposto neste § 3º do art. 267.

c) A prescrição e a decadência, embora também possam ser alegadas a qualquer tempo (arts. 193, 210 e 211 do CC-2002), distinguem-se daquelas, porém, na medida em que são questões relacionadas ao mérito, não ao processo, e podem não se caracterizar como questões de ordem pública, como é o caso da prescrição e da decadência convencional. Embora distintas, aquelas questões de admissibilidade e a prescrição/decadência, em relação à possibilidade de reconhecimento judicial, submetem-se a semelhante regime jurídico.

d) O que significa a locução "qualquer tempo e grau de jurisdição"? Englobaria, também, a instância judicial extraordinária (julgamento de recurso especial ou recurso extraordinário)? Vejamos.

Exige-se, nos recursos excepcionais, o prequestionamento da questão de direito que se pretenda levar à apreciação dos tribunais superiores. Considera-se prequestionamento a manifestação, pelo tribunal recorrido, acerca da mencionada questão jurídica. Assim, por exemplo, se se quiser levar à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, via recurso especial, a análise de uma questão sobre a ilegitimidade *ad causam*, é necessário que sobre ela tenha havido o prequestionamento.[47]

47. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação processual civil extravagante em vigor*. 6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 595.

Sucede que, se o recurso extraordinário/especial for interposto por outro motivo, e for conhecido (examinado/admitido), poderá o STF/STJ, ao julgá-lo, conhecer *ex officio* ou por provocação de todas as matérias que podem ser alegadas a qualquer tempo (aquelas previstas no § 3º do art. 267 e a prescrição ou decadência). Perceba: não é possível que uma destas questões seja objeto (causa de pedir/pedido recursais) de recurso extraordinário/especial sem que tenha havido o prequestionamento, mas uma vez examinado o recurso, que, por exemplo, tenha outro fundamento, os tribunais superiores poderão aplicar o §3º do art. 267 do CPC e os arts. 193, 210 e 211 do CC-2002, reconhecendo as questões processuais, a prescrição ou a decadência. Com o juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, a jurisdição do tribunal superior é aberta. É assim que se deve entender a menção a "qualquer tempo e grau de jurisdição" que consta no multimencionado parágrafo.

A solução do problema passa pelo correto entendimento sobre o enunciado 456 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal: "O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie". No mesmo sentido, o art. 257, RISTJ,[48] e o art. 324, RISTF.[49] É como afirma Barbosa Moreira: "Note-se que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, em conhecendo do recurso, não se limita a censurar a decisão recorrida à luz da solução que dê à *quaestio iuris*, eventualmente cassando tal decisão e restituindo os autos ao órgão *a quo*, para novo julgamento. Fixada a tese jurídica a seu ver correta, o tribunal aplica-a à espécie, isto é, julga 'a causa'...".[50]

Assim, poderá o STF/STJ analisar matéria que não fora examinada na instância *a quo*, pois o prequestionamento diz respeito apenas ao juízo de admissibilidade.

Para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe recurso extraordinário/especial se for previamente questionada, pelo tribunal recorrido, determinada questão jurídica. Para fins de julgamento (efeito translativo), porém, uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo, inclusive a prescrição, decadência e as questões de ordem pública de que trata o §3º do art. 267 do CPC, "porque não é crível que, verificando a nulidade absoluta ou até a inexistência do processo [ou do próprio direito, acrescentamos], profira decisão eivada de vício, susceptível de desconstituição por meio de ação rescisória ou ação declaratória de inexistência de decisão judicial".[51]

48. "No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie."
49. "No julgamento do recurso extraordinário, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma ou o Plenário não conhecerá do mesmo; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie."
50. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, p. 596.
51. OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial.* São Paulo: RT, 2002, p. 342. O texto entre colchetes é nosso.

Bastante elucidativo este acórdão do Superior Tribunal de Justiça: "Conhecimento. Aplicação do direito à espécie (Súmula 456 – STF e RISTJ, art. 257). Amplitude. I – Caracterizando o dissenso entre o acórdão recorrido e o paradigma colacionado, quanto à natureza da isenção, impõe-se, na espécie, conhecimento do recurso, aplicando-se o direito à espécie. II – No contexto assinalado, deve o órgão julgado limitar-se ao exame da questão federal colacionada, mas, se, ao assim proceder, tiver de julgar o mérito da controvérsia, pode, de ofício, conhecer das matérias atinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais. III – Recurso especial de que se conhece, a fim de se julgar extinto o processo sem julgamento do mérito (STJ, CPC, art. 267, VI). (REsp 36.943-6-RS, rel. Pádua Ribeiro, j. 17.11.1993, DJ 06.12.1993)".[52]

Também assim, o mesmo Superior Tribunal de Justiça: 1ª T., REsp n. 609.144/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 06.05.2004; 2ª T., REsp 466.861-SP, rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 17.6.2004.

No julgamento do RE n. 298.694, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.4.2004,[53] o STF decidiu, por maioria, admitir a possibilidade de julgar o recurso extraordinário com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal recorrido. Trata-se de acórdão histórico, que merece leitura cuidadosa, principalmente os votos do relator, do Min. Carlos Ayres (sucinto e preciso) e do Min. Peluso, em que o STF alterou antiga praxe, em que o recurso extraordinário somente era conhecido para ser provido (no caso, o recurso foi conhecido, mas não foi provido). Esta é a postura correta, que corrobora tudo o quanto aqui foi dito.

4. DECISÕES QUE EXAMINAM O MÉRITO (ART. 269 DO CPC)

4.1. Resolução ou julgamento de mérito?

Até 2005, o *caput* do art. 269 do CPC estava assim redigido: "Extingue-se o processo com julgamento de mérito:". A redação foi alterada pela Lei Federal n. 11.232/2005. Não há mais referência à extinção do processo. Duas são as justificativas: a) atualmente, a sentença não é mais o ato judicial que encerra o processo, mas apenas a fase de conhecimento (veja-se, por exemplo, a nova redação dos arts. 162, §1º, e 463, CPC); b) é possível que a decisão judicial tenha por conteúdo uma das hipóteses do art. 269 e não encerre o procedimento, como nos casos de decisão parcial. Eis a nova redação do art. 269 do CPC: "Haverá resolução de mérito".

Além disso, o legislador trocou "julgamento de mérito" por "resolução de mérito". Agiu, mais uma vez, corretamente.

52. Ver, por todos, com várias citações doutrinárias e jurisprudenciais, a completa exposição de Gleydson Kleber Lopes de Oliveira: *Recurso especial.* São Paulo: RT, 2002, p. 336-342.
53. Também neste sentido, RE n. 300.020, rel. Min. Sepúlveda Pertence, ata publicada no DJ de 24.10.2003.

A expressão *resolução de mérito*, em vez de *julgamento de mérito,* é mais correta, pois abrangente das diversas decisões possíveis de ser tomadas com base neste artigo. Correta a lição de Adroaldo Furtado Fabrício, que mais uma vez adotamos: "...a expressão 'resolução de mérito' traduziria melhor a idéia que aí se contém do que a locução utilizada. Com efeito, aí se agrupam duas classes bem distintas de sentenças: as que efetivamente contêm julgamento, verdadeira heterocomposição jurisdicional do litígio, e as limitadas à constatação e certificação de seu desaparecimento por ato de parte ou das partes".[54]

Rigorosamente, só haveria julgamento nas hipóteses previstas nos incisos I e IV do art. 269 do CPC. As demais decisões (incisos II, III e V) pertencem a outra categoria. A decisão que se profere nestes casos é homologatória, "sem outra função que a de 'equiparar' a eficácia do ato extintivo da parte, ou das partes, àquela do ato de julgamento. Qual envoltório transparente, que deixa ver o conteúdo, a sentença apenas reveste, sem ocultá-lo, o verdadeiro ato extintivo do processo e da lide, que é ato da parte ou das partes".[55-56]

4.2. Julgamento do pedido

O inciso I do art. 269 cuida da principal hipótese de extinção do processo com julgamento do mérito: o julgamento da demanda. Chama-se de procedência o julgamento em que o magistrado acolhe o pedido; improcedência, por conseguinte, é a conclusão a que se chega quando o pedido não pôde ser acolhido.

É possível que ocorra a chamada procedência parcial: quando se pleiteia uma indenização "X" e o magistrado concede "X – Y", p. ex. Porém, não se deve confundir essa situação com uma outra, que é parecida mas, por isso mesmo, distinta: se o magistrado acolhe um dos pedidos cumulados, rejeitando os demais, não há procedência parcial, mas, sim, procedência de um pedido e improcedência do(s) outro(s). Em razão da cumulação de pedidos, deve o magistrado, na sentença, examinar cada um deles separadamente, dando-lhes a respectiva e merecida solução.

Haverá improcedência do pedido, quando, por exemplo: a) não se comprovar a ocorrência do fato jurídico; b) o fato jurídico não autoriza a produção do efeito jurídico pretendido; c) o fato ou conjunto de fatos alegado não é um fato jurídico.

54. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 367.
55. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 368. Em sentido semelhante, MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil,* 8 ed., cit., p. 414-415.
56. "Seja como for, ninguém porá em dúvida que, quando se configura a prescrição ou a decadência, e bem assim quando validamente se dá o reconhecimento do pedido, a transação ou a renúncia, o prosseguimento do processo não fica excluído em razão da inutilidade, senão da desnecessidade. Não é que se pronuncie inatingível a meta normal: ao contrário, é que a ela se tem acesso *imediato*, independentemente de qualquer indagação suplementar". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Aspectos da 'extinção do processo' conforme o art. 329 CPC", cit., p. 86).

4.3. Homologação da autocomposição das partes

Os incisos II, III e V do art. 269 tratam de uma mesma espécie de decisão: a decisão homologatória da conciliação; a decisão que põe fim à controvérsia em razão da autocomposição. Não há aqui, verdadeiramente, heterocomposição. Não obstante isso, são decisões de mérito; aptas a ficar imunes com a coisa julgada material; passíveis, portanto, de ser alvo de futura ação rescisória (art. 485, VIII, do CPC).

Transação é o negócio jurídico pelo qual as partes põem fim (ou o previnem) consensualmente ao litígio, após concessões mútuas (art. 840 do CC-2002); renúncia ao direito sobre o que se funda a demanda é o ato abdicativo pelo qual o demandante reconhece não possuir o direito alegado; o reconhecimento da procedência do pedido é a conduta do demandado que admite a procedência do pedido que lhe foi dirigido (submissão). São hipóteses de conciliação.

Não se pode confundir transação com conciliação, essa gênero do qual aquela é espécie. É possível conciliação sem transação, como nas hipóteses de renúncia ao direito sobre o qual se funda a demanda (inciso V) ou reconhecimento da procedência do pedido (inciso II).[57] Os incisos do art. 269 ora estudados cuidam de hipóteses de homologação de conciliação (autocomposição). Em razão de suas semelhanças, merecem receber um tratamento dogmático geral para, somente após, ser apontadas as peculiaridades de cada uma das modalidades conciliatórias.

A conciliação judicial, em qualquer de suas modalidades, pode operar-se por (a) documento elaborado extrajudicialmente, que, uma vez juntado aos autos, dispensa a sua redução a termo;[58] por (b) termo elaborado por escrivão ou (c) durante a audiência, quando constará em ata (art. 331 do CPC).

É possível que a autocomposição seja parcial – envolva apenas parte do mérito. Nestes casos, a homologação judicial, que será possível, não implicará a extinção do processo, mas, sim, a solução parcial do mérito e o prosseguimento da causa para o julgamento do restante. Não será, pois, sentença, mas decisão interlocutória.

Também é possível que a autocomposição verse sobre aspecto que esteja fora dos limites do mérito. Nada impede que se traga à transação, p. ex., uma outra lide, estranha a que está sendo discutida (art. 475-N, III, do CPC).

> O art. 475-N, III, do CPC, reproduz a redação do revogado art. 584, III, CPC. Essa possibilidade de ampliação do objeto litigioso para fim de conciliação enfraqueceu a preclusão determinada no art. 264, CPC – que impunha uma enorme rigidez na alteração

57. RODRIGUES, Geisa. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta – teoria e prática.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 147.
58. THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. I, p. 283.

objetiva da demanda–, pois é inegável que, agora, é possível a inclusão consensual de novo pedido/causa de pedir – antes ou após a citação, pouco importa o momento (art. 125, IV, CPC) –, ainda que apenas para ser objeto de um acordo judicial.

É possível que a conciliação ocorra fora do âmbito do processo de conhecimento (relação jurídica processual com predominante função de certificação). É frequente a conciliação em processo de execução (art. 794, II, CPC) e no processo cautelar (art. 810 do CPC),[59] situação esta em que a decisão homologatória proferida no processo cautelar gerará coisa julgada material em relação ao mérito acautelado.

Convém lembrar, também, que somente poderá ser homologada a conciliação se os direitos em jogo a permitirem. Para proceder à homologação, o magistrado deverá verificar se a própria conciliação é possível, se não há colusão das partes (art. 129 do CPC) e se os advogados têm poder especial para tanto (art. 38 do CPC).[60-61] A homologação judicial do ato das partes tem basicamente dupla função: a) pôr fim ao processo; b) possibilitar a formação de coisa julgada material. Remetemos o leitor ao quanto dissemos a respeito da audiência preliminar, no capítulo anterior.

É possível que a homologação da conciliação se dê já em fase recursal – que se inicia a partir da interposição do recurso –, quando deverá o requerimento ser dirigido ao juiz relator, por analogia com o disposto no parágrafo único do art. 800 do CPC.

A sentença não é condição de eficácia do negócio jurídico pelo qual o litígio se resolve. O negócio jurídico produz efeitos entre as partes independentemente da homologação, cuja eficácia se restringe a determinar a extinção do processo e dar azo à formação da coisa julgada material.[62]

59. O art. 810 do CPC fala apenas de reconhecimento judicial da prescrição ou da decadência. No entanto, a doutrina já se apercebeu de que também quando houver as sentenças homologatórias, de que ora se cuida, será possível surgir coisa julgada material no processo cautelar. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 1984, v. 10, p. 236-237.)

60. Observa Adroaldo Furtado Fabrício: "...a homologação judicial não é mecânica e obrigatória. Com efeito, mesmo sem ingressar no exame da substância do ato compositivo, da sua justeza e da sua conformidade ao direito objetivo material, exerce o juiz controle sobre o ato das partes ou da parte, no que diz com seus aspectos exteriores e formais. Assim, a homologação pode ser negada por tratar-se de direito indisponível [*rectius:* inconciliável], ou porque a alguma das partes faltava capacidade para o ato de disposição, ou por não se haver atendido determinado requisito de forma, quando imperativamente exigido para a espécie". ("Extinção do Processo e Mérito da Causa". *Ensaios de direito processual*, cit., p. 369).

61. A conciliação pressupõe a titularidade da *res in iudicium deducta* e, se feita pelo substituto processual, é ineficaz em relação ao substituído, salvo se houver autorização legal expressa em sentido contrário (Em Tratando do reconhecimento da procedência do pedido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Reconhecimento do pedido". *Direito processual civil – ensaios e pareceres.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 104).

62. "Uma vez, porém, que o negócio jurídico da transação já se acha concluído entre as partes, impossível é a qualquer delas o arrependimento unilateral, mesmo que ainda não tenha sido homologado o acordo em Juízo. Ultimado o ajuste de vontade, por instrumento particular ou público, inclusive por termo nos autos, as suas cláusulas ou condições obrigam definitivamente os contraentes..." (THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. I, p. 284.)

4.4. Decadência e prescrição

Decadência e prescrição são fatos jurídicos que se relacionam com o passar do tempo e se referem à extinção ou encobrimento de determinada eficácia jurídica.

A decadência ou caducidade é a perda do direito potestativo[63] em razão do seu não exercício no prazo legal ou contratualmente estabelecido. Este prazo, em razão disso, recebe o nome de prazo decadencial, que pode ser legal (conhecível *ex officio* pelo juiz, art. 210 do CC-2002) ou convencional (não pode ser conhecida *ex officio,* art. 211 do CC-2002). A decadência, mesmo a convencional, é fato que pode ser alegado e examinado a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 211 do CC-2002).[64] O reconhecimento da decadência implica decisão de mérito (art. 269, IV, CPC).

Há uma situação, no entanto, que é bastante curiosa e merece análise separada. Uma vez reconhecida a decadência do direito ao procedimento especial do mandado de segurança, a extinção do processo não pode dar-se com base no art. 269, IV, CPC: trata-se de extinção do processo sem julgamento do mérito), pela ausência de um pressuposto processual (art. 267, IV, CPC).

O prazo decadencial não diz respeito ao direito potestativo, eventualmente objeto do *mandamus*. A decadência é do direito potestativo de escolha do procedimento especial. O que se perde, após o transcurso do prazo de 120 (cento e vinte) dias, é apenas a opção de valer-se do procedimento magnânimo do mandado de segurança. A redação do dispositivo legal (art. 18 da Lei Federal n. 1.533/51), aliás, é muito clara neste sentido: "O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á...". O magistrado apenas constata a inexistência (extinção) do direito do autor de optar pela via procedimental do mandado de segurança, sem resolver o mérito da causa, que fica intocado.

Trata-se de sentença que reconhece decadência que, no caso, é pressuposto processual: não pode o autor ter perdido o prazo para a escolha do procedimento, para que o mandado de segurança, enquanto procedimento especial, se desenvolva validamente. A decadência do direito de escolha do procedimento, além de tratar-se de pressuposto processual – e que, pois, pode ser reconhecido de ofício (art. 267, §3°, CPC) –, está sempre prevista em lei, autorizando, também por isso, o reconhecimento *ex officio* da sua ocorrência. Relativiza-se, assim, a afirmação peremptória de que a decadência implica extinção do processo com julgamento do mérito (o que só ocorre se se tratar da decadência do direito potestativo objeto do litígio, e não do direito potestativo de escolha do procedimento, este de natureza eminentemente processual).

A prescrição encobre a eficácia de determinada pretensão, em razão do não exercício dela em determinado lapso de tempo (art. 189 do CC-2002). A prescrição pode ser reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 193 do CC-2002).

63. Sobre o assunto, fundamental a leitura de AMORIM FILHO, Agnelo. "Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis". *Revista dos Tribunais.* São Paulo: RT, 1997, n. 744, p. 725-750.

64. Cândido Dinamarco denomina, sem razão, a sentença que reconhece a decadência como "falsa sentença de mérito" (DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 3, p. 259).

A decisão que acolhe a prescrição é decisão do mérito porquanto diga respeito à impossibilidade de obtenção da eficácia jurídica pretendida – efetivação da prestação devida – em razão da perda de eficácia da pretensão. A prescrição está sempre relacionada aos direitos a uma prestação (o poder que alguém tem de exigir de outrem o cumprimento de determinada prestação: fazer, não-fazer e dar). A pretensão é uma situação jurídica ativa presente nas relações jurídicas que giram em torno do cumprimento de uma prestação. Reconhecer a prescrição é examinar um dos elementos desta relação jurídica, pois. Se a relação jurídica discutida é exatamente o alvo da decisão judicial (o mérito), a decisão sobre a prescrição somente pode ser decisão de mérito. É absolutamente inadmissível relacionar a prescrição com a "extinção da ação" e, portanto, considerá-la como matéria estranha ao mérito da causa.

A decisão que reconhece a decadência ou a prescrição é decisão de mérito semelhante àquela que rejeita o pedido do demandante, porquanto reconheça a impossibilidade de concedê-lo em razão de um fato que encobre a eficácia da pretensão ou extingue o direito potestativo demandado; "nada tem de particular senão o motivo da desestimação do pedido".[65] Somente para evitar dúvidas é o que o legislador cuidou de isolar esta hipótese de extinção do processo daquela prevista no inciso I do mesmo art. 269.

65. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 367.

CAPÍTULO XIX

SUSPENSÃO DO PROCESSO

Sumário • 1. Noções gerais – 2. Hipóteses de suspensão: 2.1. Morte ou perda da capacidade processual de parte, representante legal ou advogado; 2.2. Convenção das partes; 2.3. Oposição de exceção de incompetência, impedimento e suspeição; 2.4. Prejudicialidade ou preliminaridade externa (art. 265, IV, "a"); 2.5. Depender da verificação de um fato ou da produção de uma prova (art. 265, IV, "b"); 2.6. Julgamento de questão de estado objeto de pedido de declaração incidente (art. 265, IV, "c"); 2.7. Força maior; 2.8. Outros casos de suspensão; 2.9. Suspensão do processo em razão da concessão de medida liminar em ação declaratória de constitucionalidade – 3. Prática de atos durante a suspensão do processo.

1. NOÇÕES GERAIS

O curso do procedimento pode, em razão de certos fatos, ficar suspenso *temporariamente*; esse fenômeno é chamado de suspensão do processo. A suspensão do processo não significa a suspensão dos *efeitos jurídicos* do processo (efeitos da litispendência); não há suspensão do conteúdo eficacial da relação jurídica processual.[1] Não obstante suspenso o processo, a coisa ou direito ainda é litigioso, permitindo a incidência do art. 42 do CPC.

Suspensão do processo é, apenas, a *suspensão do curso do procedimento*, a paralisação da marcha processual, com o veto a que se pratiquem atos processuais.

É preciso perceber, ainda, que a *suspensão do processo* pode dizer respeito à prática de apenas alguns atos processuais. Quando se diz, por exemplo, que a oposição de exceção de incompetência relativa *suspende* o processo, é preciso que se entenda corretamente a prescrição normativa: o curso do procedimento principal fica paralisado, mas haverá prática de outros atos processuais necessário à resolução do incidente que acabou de ser instaurado.

> Há quem denomine de *suspensão própria* a paralisação total e irrestrita do processo, e de *suspensão imprópria*, quando "algo continua a mover-se no período de suspensão".[2]

A suspensão do processo depende de decisão judicial. Costuma-se dizer que essa decisão teria conteúdo declaratório, pois o processo já "estaria suspenso" desde a data

1. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 437; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 334.
2. MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 2, p. 497.

de ocorrência do fato jurídico causador da suspensão, ressalvadas as hipóteses do inciso IV do art. 265, em que a decisão seria constitutiva.[3] A maior parte da doutrina parece confundir o conteúdo da decisão com a sua eficácia temporal: conforme vimos no capítulo sobre teoria da ação, é possível que uma decisão constitutiva produza efeitos retroativos, não sendo a limitação temporal da eficácia da decisão um dado essencial para distingui-la da decisão declaratória. A decisão que suspende o processo é *constitutiva*, pois paralisa a atividade processual, ainda que se dê a essa decisão, como corretamente se costuma dar, uma *eficácia retroativa* até a data da ocorrência do fato jurídico que ensejou a suspensão.[4]

Pontes de Miranda entende que, no caso de morte da parte, do representante ou do procurador, a suspensão ocorre "desde que o juiz a conheça, com prova", mas com eficácia retroativa.[5]

A *suspensão do processo* é, ao lado da sua extinção sem resolução de mérito, manifestação daquilo que se convencionou chamar de *crise do procedimento* ou *crise da instância*, pois são situações em que o processo não atinge seu objetivo principal, que é a solução do seu objeto litigioso.[6]

2. HIPÓTESES DE SUSPENSÃO

2.1. Morte ou perda da capacidade processual de parte, representante legal ou advogado

As primeiras hipóteses de suspensão relacionam-se com as partes, seus representantes legais ou seus advogados.

São *partes*, como visto, não apenas o *autor* e o *réu*, mas também o *assistente*,[7] o *denunciado*, o *opoente*, bem como os sujeitos que são apenas *partes* em um *incidente* (possuem apenas legitimidade incidental), como é o caso do *perito* ou do *juiz*, no incidente de suspeição/impedimento.

3. "(...) o juiz não suspende o processo, declara-o suspenso; a causa não está no despacho e sim no fato gerador da suspensão. O ato do juiz não tem efeito constitutivo mas declaratório; logo, retroage ao momento em que ocorrera o fato gerador". (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 407-409.)
4. Em outros termos, mas em sentido semelhante: antes da decisão judicial "não há que se falar em processo suspenso, nada obstante eventual ato praticado entre os atos os fatos suspensivos e a decisão judicial seja ineficaz (...), porquanto a decisão jurisdicional nestes casos assume eficácia *ex tunc*... " (MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil,* t. 2, cit., p. 499.) Helio Tornaghi entende que a suspensão depende de decisão judicial, embora *apenas* no inciso I do art. 265 ela tenha efeito retroativo (TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 1978, v. 2, p. 313).
5. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 440.
6. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil.* São Paulo: Classic Book, 2000, v. 2, p. 171.
7. Corretamente, MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil,* t. 2, cit., p. 500.

O CPC menciona apenas *representante* da parte, não se compreendendo nessa rubrica o *presentante* da pessoa jurídica litigante. É que, "se uma pessoa física, órgão de pessoa jurídica, desaparece, outra lhe toma o lugar, sem que haja solução de continuidade no processo".[8]

Suspende-se o processo quando houver *morte* ou *perda da capacidade processual* das partes, representante legal e do advogado (art. 265, I, CPC). Onde se lê *morte* de uma das partes, deve-se ler, também, *extinção* de uma pessoa jurídica.[9]

A morte do autor pode dar ensejo à *extinção do processo*, se o direito objeto do litígio for intransmissível (art. 267, IX, CPC; ver comentários no capítulo dedicado à análise dos arts. 267 e 269 do CPC).

Verificada a morte ou a incapacidade processual da parte ou de seu representante legal, o magistrado suspenderá o processo, determinando o suprimento da capacidade processual ou a sucessão processual (habilitação dos herdeiros ou do espólio), desde que o fato tenha ocorrido *antes* do início da audiência (ou sessão no tribunal). É que, na forma do art. 265, § 1°, *a*, do CPC,[10] se a *morte da parte* ocorrer *após* o início da audiência de instrução e julgamento (ou sessão no tribunal), o processo prosseguirá até a prolação da decisão final, sendo o advogado do falecido o seu *substituto processual* (passará a atuar em nome próprio, defendendo interesses do conjunto de bens do falecido);[11-12] publicada a decisão, o processo só então será suspenso. Se a *incapacidade processual da parte ou do representante* ou a *morte do representante* ocorrer após o início da audiência de instrução e julgamento, o advogado da parte continuará no processo, não na qualidade de *substituto processual,* como ocorre na hipótese de *morte da parte*, mas, sim, na de *representante processual.*

8. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed., v. 2, cit., p. 391; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil,* t. 2, cit., p. 501.
9. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 441; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed., cit., v. 2, p. 390; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil,* t. 2, cit., p. 501.
10. "§ 1° No caso de morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, ou de seu representante legal, provado o falecimento ou a incapacidade, o juiz suspenderá o processo, salvo se já tiver iniciado a audiência de instrução e julgamento; caso em que: a) o advogado continuará no processo até o encerramento da audiência; b) o processo só se suspenderá a partir da publicação da sentença ou do acórdão".
11. "A solução da lei é pragmática. (...) O conteúdo da audiência não se alterará em função de estar ou não viva a parte no momento da sua realização". (GRECO, Leonardo. "Suspensão do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1995, n. 80, p. 92.).
12. "A prática de atos processuais não fica protraída durante o hiato ou período de transição que medeia entre a morte da parte e a suspensão do processo. Nesse intertempo, há uma sincronicidade, porque se dá a transmudação (implícita) do representante processual (advogado) em substituto processual dos herdeiros que, ao mesmo tempo, exerce o *ius postulandi*. Nesse caso a posição do advogado no processo é de dupla natureza: parte e representante" (SEVERO NETO, Manoel. *Substituição processual.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 172-173).

> Há uma ponderação de Moniz de Aragão que é digna de nota: "No caso de não se poder concluir a audiência no dia em que a morte ou a perda de capacidade da parte ou de seu representante legal for denunciada, o juiz deverá suspender o processo após a atividade nela desenrolada, até porque pode ocorrer de, em vista de entre sucessores haver incapazes, fazer-se necessária a intervenção do Ministério Público, pena de nulidade".[13]

Constatada a *morte* do advogado, ainda que iniciada a audiência de instrução e julgamento, o juiz marcará, a fim de que a parte constitua novo mandatário, o prazo de 20 (vinte) dias, findo o qual extinguirá o processo sem julgamento do mérito, se o autor não nomear novo mandatário, ou mandará prosseguir no processo, à revelia do réu, tendo falecido o advogado deste (art. 265, § 2°, CPC).

> O § 2° do art. 265, CPC, menciona apenas o caso de *morte* do advogado. Mas, como o texto do inciso I do art. 265 demonstra, também é causa de suspensão do processo a *incapacidade* do advogado, que engloba não só a perda da capacidade genérica (o advogado foi interditado, por exemplo), como também a perda da capacidade postulatória, tendo em vista a ocorrência de alguma hipótese de restrição para o exercício da advocacia.[14]

Falecido o réu antes da citação, não é caso de *suspensão do processo*: cabe ao autor promover a citação do espólio ou sucessores.[15]

2.2. Convenção das partes

É lícita a suspensão convencional do processo (art. 265, II, CPC). De acordo com o § 3° do art. 265, essa suspensão nunca poderá exceder seis meses; findo o prazo, o escrivão fará os autos conclusos ao juiz, que ordenará o prosseguimento do processo. Se as partes não convencionaram expressamente o prazo, subentende-se que optaram pelo prazo máximo.[16]

Trata-se de um negócio jurídico processual,[17] que se submete à aprovação do magistrado para que possa produzir o seu efeito típico.[18]

Não há necessidade de motivação expressa na suspensão convencional do processo, de modo que o magistrado não pode, em regra, recusá-la.[19] Mas, como se sabe, não é possível

13. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed., v. 2, cit., p. 395.
14. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed., v. 2, cit., p. 391; GRECO, Leonardo. "Suspensão do processo", cit., 94; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil,* t. 2, cit., p. 502.
15. GRECO, Leonardo. "Suspensão do processo", cit., p. 94.
16. TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 1978, v. 2, p. 319.
17. Em sentido diverso, por não admitir a categoria "negócio jurídico processual", MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil,* t. 2, cit., p. 503.
18. Assim, MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil,* t. 2, cit., p. 503. Em sentido diverso, considerando não haver necessidade "do *placet* judicial", TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 1978, v. 2, p. 318.
19. MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil,* t. 2, cit., p. 504.

a suspensão convencional do processo com o objetivo de aumentar prazo dilatório, o que é vedado (art. 182 do CPC[20-21]).

2.3. Oposição de exceção de incompetência, impedimento e suspeição

A oposição de exceção de incompetência relativa do juízo e de impedimento ou suspeição do juiz ou órgão colegiado é causa de suspensão do processo.

Registre-se, de logo, que a exceção de impedimento/suspeição de membro do Ministério Público, serventuário, intérprete ou perito *não* suspende a marcha processual, de acordo com o § 1° do art. 138 do CPC.

Também é relevante apontar um mau vezo de alguns advogados de alegar incompetência absoluta por meio do incidente de alegação de incompetência relativa, exatamente com o propósito de obter a suspensão do andamento do feito, que não ocorreria se a incompetência absoluta fosse alegada como preliminar de contestação, que é o momento adequado. O magistrado deve ficar atento para receber a "exceção de incompetência absoluta" como uma contestação, e não como uma exceção instrumental, e, assim, impedir que o processo fique suspenso desnecessária e indevidamente.

2.4. Prejudicialidade ou preliminaridade externa (art. 265, IV, "a")

Como foi visto no capítulo sobre competência, em alguns casos pode haver conexão/continência entre causas pendentes sem que haja a reunião dos processos. Nessas situações, a melhor solução é determinar a suspensão do andamento de um dos processos.

O art. 265, IV, "a", do CPC permite a suspensão do processo, quando a sentença de mérito "depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente".

Examinemos a hipótese normativa.

a) Primeiramente, cabe pontuar a "sentença de mérito" que consta no enunciado do inciso IV do art. 265 é qualquer decisão de mérito, inclusive acórdão. "Sentença", aqui, é termo utilizado em acepção ampla, como sinônimo de decisão judicial, qualquer decisão judicial, e não como uma de suas espécies. O Código de Processo Civil, aliás, adotou essa terminologia em outros momentos, como quando se refere à decisão rescindenda (art.485) e à coisa julgada (art. 467); a ninguém será permitido imaginar que nesses dispositivos o legislador não se refere aos acórdãos ou outras decisões judiciais.

20. Assim, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed., v. 2, cit., p. 396; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil,* t. 2, cit., p. 504.
21. Art. 182 do CPC: "É defeso às partes, ainda que todas estejam de acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios. O juiz poderá, nas comarcas onde for difícil o transporte, prorrogar quaisquer prazos, mas nunca por mais de 60 (sessenta) dias".

b) O enunciado refere-se ao fato de o julgamento de uma causa pendente depender do julgamento de uma outra causa pendente. A dependência entre causas pendentes deve ser compreendida como uma dependência lógica: a solução de uma causa depende logicamente da solução que se dê a uma outra. Assim, convém suspender a causa dependente, enquanto não se decide a causa subordinante.

A relação de dependência entre causas pendentes pode ocorrer de duas maneiras: *i)* uma causa é prejudicial a outra: a solução que se der a uma causa pode interferir na solução que se der a outra; *ii)* uma causa é preliminar a outra: a solução que ser a uma pode impedir o exame da outra. A diferença entre prejudicialidade e preliminaridade está posta no capítulo sobre o objeto da cognição judicial.

Não custa lembrar: pode ser objeto de uma demanda tanto uma questão prejudicial quanto uma questão preliminar. A alínea "a" do inciso IV do art. 265 do CPC refere-se à pendência de processo cujo objeto seja uma questão subordinante (ou prioritária), seja ela prejudicial ou preliminar. Os comentadores desse dispositivo normalmente fazem referência à existência de questão prejudicial externa, não mencionando a questão preliminar objeto de outro processo;[22] partem, pois, de premissa diversa, considerando que apenas a questão prejudicial pode ser objeto principal de um processo. Já se examinou o equívoco desta postura, precisamente identificado por Barbosa Moreira (ver capítulo sobre objeto da cognição). Bem examinada a alínea, não há qualquer referência a questão prejudicial, mas, sim, a questão prévia/prioritária, gênero de que a primeira, ao lado da questão preliminar, é espécie.

O que importa, neste momento, enfim, é frisar que a suspensão do processo deve ocorrer sempre que se verificar a relação de subordinação entre causas pendentes, pouco importa se essa relação é de prejudicialidade ou preliminaridade.

c) A suspensão do processo nessa hipótese tem um pressuposto negativo. Somente será suspenso o processo, se não for possível a reunião das causas pendentes em um mesmo juízo.[23] O vínculo de dependência (prejudicialidade ou preliminaridade), conforme já apontado, gera conexão, que, não implicando alteração de regra de competência absoluta ou reunião de causas que tramitem sob procedimento obrigatório, dá ensejo à reunião dos processos em um mesmo juízo.

Portanto, somente haverá suspensão de um processo à espera do outro se não for possível reuni-los para processamento e julgamento simultâneos. Essa suspensão deve durar no máximo um ano (§ 5º do art. 265 do CPC). O magistrado, porém, deve observar com temperamento esta regra: se a suspensão é recomendável, em razão do vínculo de

22. GRECO, Leonardo. "Suspensão do processo", cit., p. 97-99; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 337; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 400-401.
23. GRECO, Leonardo. "Suspensão do processo", cit., p. 99; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 338.

subordinação lógica entre as causas pendentes, convém esperar pelo tempo que for necessário, desde que razoável, a decisão da causa prejudicial.

2.5. Depender da verificação de um fato ou da produção de uma prova (art. 265, IV, "b")

Suspende-se o processo se a sentença não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo (art. 265, IV, "b", CPC). Trata-se de suspensão em razão de uma questão preliminar[24] ao exame de mérito: a questão prévia que condiciona o próprio exame da questão de mérito.

Convém atentar para a mudança de redação do art. 338 do CPC, que agora tem o seguinte conteúdo: "A carta precatória e a carta rogatória suspenderão o processo, no caso previsto na alínea "b" do inciso IV do art. 265 desta Lei, quando, tendo sido requeridas antes da decisão de saneamento, a prova nelas solicitada apresentar-se imprescindível".

O texto anterior prescrevia que as cartas rogatória e precatória *não* suspenderiam o processo, salvo se requeridas antes do despacho saneador.

Após a Lei Federal n. 11.280/2006, não basta ter sido requerida a expedição da carta antes da decisão de saneamento (designação tecnicamente mais apurada do antigo *despacho saneador*). É preciso que o objeto da carta *apresente-se como imprescindível* ao correto deslinde do processo. "Diligências fora do juízo da causa, não explicadas ou mal explicadas pela parte, ficarão a cargo do requerente, sem comprometer o desenvolvimento normal do processo".[25]

Essa suspensão deve durar no máximo um ano (§ 5º do art. 265 do CPC). Repete-se aqui a recomendação feita no final do item anterior quanto à necessidade de têmpera na aplicação do dispositivo.

2.6. Julgamento de questão de estado objeto de pedido de declaração incidente (art. 265, IV, "c")

A letra "c" do inciso IV do art. 265 do CPC dispõe que o processo será suspenso se a sentença "tiver por pressuposto o julgamento de questão de estado, requerido como declaração incidente".

A alínea é de difícil interpretação.

O caso é de questão de estado prejudicial à questão principal do processo que se busca suspender.

24. THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 337.
25. THEODORO Jr., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 32.

A dúvida é a seguinte: trata-se de prejudicial *interna*, portanto suscitada perante o mesmo juízo da causa *prejudicada*; ou se trata de prejudicial *externa*.

Se se entender que o inciso se refere a uma questão prejudicial externa de estado, não há nenhuma utilidade na regra, que apenas traria outro exemplo de questão prejudicial externa que pode ensejar a suspensão do processo, hipótese já prevista na letra "a" do inciso IV do art. 265, já examinada.

Se se entender que se trata de *prejudicial interna de estado*, objeto de uma ação declaratória incidental ("declaração incidente", conforme designação desta alínea e do art. 325 do CPC[26]) ajuizada perante o mesmo juízo do processo que se busca suspender, surgiria uma situação esdrúxula: o juízo que vai julgar ambas as causas suspende o andamento de uma para apreciar a outra. Para que?[27] Por quê?[28] Ninguém sabe.

> Ainda surge outra dúvida: por que apenas a questão prejudicial interna de estado objeto de declaração incidental teria a aptidão de gerar a suspensão do processo?
>
> "Se, por outro lado, a antecedência cronológica do julgamento prejudicial fosse realmente um imperativo de conveniência, não se compreenderia por que limitar a suspensão aos casos em que se trate de questão de estado. Nenhuma razão plausível ocorre para justificar tratamento diverso do dispensado às demais questões prejudiciais".[29]

José Frederico Marques[30] e Humberto Theodoro Jr.[31] propõem uma terceira solução: a letra "c" cuidaria da situação de uma ação declaratória de estado ajuizada em *outro* processo, que seria prejudicial de ambas as causas, aquela em cujo processo foi ajuizada e essa cujo processo se busca suspender. Não parece a solução adequada: se a questão prejudicial de estado é objeto de uma ação declaratória incidental em outro processo, passa ela a compor o *objeto litigioso* desse mesmo processo (sendo essa a utilidade da

26. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 403; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental.* Rio de Janeiro: Forense, 1976, n. 94, p. 193; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil,* t. 2, cit., p. 508; TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 1978, v. 2, p. 320; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 455-456.
27. "Não se percebe, assim, motivo razoável para a cisão do julgamento em duas sentenças parciais e sucessivas num só processo. A conseqüência dessa inoportuna suspensão é uma inútil dilatação do tempo necessário a chegar-se ao julgamento final". (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental.* Rio de Janeiro: Forense, 1976, n. 94, p. 191).
28. "Não tem cabimento, nem qualquer razão lógica, o suspender-se o procedimento, para julgar-se a declaratória incidental, e, a seguir, reiniciar-se o seu curso, para ser proferida sentença sobre o objeto principal do processo". (MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil.* São Paulo: Saraiva, 1975, v. 3, p. 97, nota 11).
29. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental.* Rio de Janeiro: Forense, 1976, n. 94, p. 191-192.
30. MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil.* São Paulo: Saraiva, 1975, v. 3, p. 97.
31. THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 337. Também aderiu a esse posicionamento GRECO, Leonardo. "Suspensão do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1995, n. 80, p. 101.

ação declaratória incidental), tornando-se *questão principal*[32] e, portanto, recaindo a situação na hipótese da letra "a" do inciso IV do art. 265 (questão prejudicial externa objeto litigioso de outro processo). Trata-se de interpretação que não confere qualquer utilidade ao preceito normativo.

Parece que a melhor (?) solução é a que entende tratar-se de *prejudicial interna de estado*, objeto de *ação declaratória incidental*, que, uma vez proposta, suspende o curso do procedimento principal, até a sua solução (seria caso de suspensão parcial). O problema dessa interpretação não é dela, mas do texto de lei ("uma das mais infelizes disposições do Código"),[33] que é desnecessário e não costuma ser observado pelos magistrados, que, tendo de julgar ambas as causas, as processam simultaneamente, sem qualquer prejuízo para o bom andamento do feito.

O § 5º do art. 265 determina que o prazo máximo de suspensão nessa hipótese é de um ano, o que não se justifica: "se existisse uma verdadeira necessidade de suspender-se o processo para que se julgasse antes a prejudicial, não se compreenderia a limitação temporal imposta à suspensão. Fosse indispensável a sustação do julgamento principal, seria absurdo renunciar-se a ela pelo simples curso de determinado prazo".[34]

2.7. Força maior

Admite-se a suspensão do processo em razão de *força maior*. Embora se trate de conceito juridicamente indeterminado, não pode o magistrado negar a suspensão do processo, uma vez verificada a *força extraordinária*: não há discricionariedade judicial no particular.

Como se trata de evento imprevisto e insuperável, estranho à vontade das partes, nada mais adequado do que dar à força maior a eficácia de suspender o processo, reforçando a regra do art. 183, § 1º, CPC, que permite superar a preclusão temporal em razão de justo motivo.

Aplica-se, aqui, a regra enunciada no item 1 deste capítulo: determinada a suspensão, a eficácia dessa decisão retroage à data da ocorrência do evento, considerando-se suspenso o processo desde então.

32. Neste sentido, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 456; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil,* t. 2, cit., p. 508. Neste aspecto é que parece equivocada a lição de Frederico Marques, que afirma que a questão de estado objeto de ação declaratória incidental em outro processo não seja o seu objeto principal (*Manual de direito processual civil*, v. 3, cit., p. 96). A ação declaratória incidental, conforme vimos no capítulo sobre as providências preliminares, transforma a análise da questão prejudicial de *incidenter tantum* para *principaliter tantum*.
33. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental.* Rio de Janeiro: Forense, 1976, n. 94, p. 190.
34. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental.* Rio de Janeiro: Forense, 1976, n. 94, p. 192. Revelando perplexidade semelhante, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 405.

2.8. Outros casos de suspensão

O art. 265 do CPC não exaure as hipóteses de suspensão do processo.

Há outras previstas tanto no CPC quanto na legislação extravagante. Eis alguns exemplos: *a)* para regularizar a representação processual (art. 13 do CPC); *b)* em razão da nomeação à autoria (art. 64 do CPC); *c)* em razão da denunciação da lide (art. 72 do CPC) e do chamamento ao processo (art. 79 do CPC); *d)* para verificação de fato delituoso (art. 110 do CPC); *e)* em razão do incidente de falsidade (art. 394 do CPC); *f)* efeito da sentença de atentado (art. 881 do CPC); *g)* na execução (art. 791 do CPC); *h)* na execução fiscal (art. 40 da Lei Federal n. 6.830/1980).

Ainda há um ponto a ser observado. A Lei Federal n. 11.417/2006 regulamentou a edição, revisão e cancelamento de enunciado da súmula vinculante do STF em matéria constitucional. Deixou claro o legislador que a "proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante *não autoriza a suspensão dos processos* em que se discuta a mesma questão" (art. 6º).

> O Município não é legitimado a propor *autonomamente* a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante do STF em matéria constitucional, na forma do *caput* do art. 3º da Lei Federal n. 11.417/2006.[35] No entanto, nos termos do § 1º deste dispositivo, o Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que *não autoriza a suspensão* do processo.

2.9. Suspensão do processo em razão da concessão de medida liminar em ação declaratória de constitucionalidade

Há um caso importante de suspensão do processo, previsto em legislação extravagante, que é digno de nota. A jurisprudência já admitia, mesmo sem autorização legislativa, a concessão de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade, com base no poder geral de cautela.[36] Atualmente, essa possibilidade está prevista no art. 21 da Lei

35. Eis os legitimados: "I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – o Procurador-Geral da República; V – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI – o Defensor Público-Geral da União; VII – partido político com representação no Congresso Nacional; VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares".

36. "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º , da C.F. (...) Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. Precedente do S.T.F.: RTJ-76/342." (ADC 4 MC/DF, Trib. Pleno do STF, rel. Min. Sydney Sanches, j. 11/02/1998, DJ 21/05/1999, p. 2).

9.868/99, que permite que o relator determine aos juízes e Tribunais que suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo pelo STF. Uma vez deferida esta específica providência cautelar, ela conservará a sua eficácia até o julgamento definitivo da questão pelo STF, desde que esse julgamento ocorra dentro de 180 dias, contados da publicação da decisão na imprensa oficial (art. 21, p. único, da Lei 9.868/99).

Ives Gandra da Silva Martins admite que esse prazo de 180 dias seja prorrogado, mantendo-se, durante a prorrogação, a plena eficácia da medida cautelar, isto é, a suspensão dos processos em que se discute o ato objeto da ADC.[37] Tal interpretação não nos parece razoável. Por mais que se entenda improvável, em virtude do acúmulo de trabalho, que o STF delibere definitivamente sobre a questão em 180 dias, exigir que o jurisdicionado cujo processo está suspenso aguarde um período de tempo maior do que o previsto em lei terminaria por aniquilar o princípio (e promessa) da efetividade da tutela jurisdicional. Seja por falta de permissivo legal, seja por homenagem a essa garantia constitucional, entendemos que, vencidos os 180 dias a que alude a lei, a medida perde a sua eficácia, podendo as instâncias inferiores prosseguir no julgamento dos processos que estavam suspensos, proferindo, elas próprias, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, os seus respectivos juízos de valor sobre o ato normativo que também é objeto da ADC.

Não se pode esquecer que, por mais que repouse apenas sobre os pressupostos que lhe são inerentes – o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* –, a decisão que defere a medida de urgência normalmente acena para o entendimento que será adotado no julgamento definitivo, o que, de certa forma, já serve como direcionamento para o juízo a ser feito pelas instâncias inferiores. De mais a mais, se o caso concreto justificar, nada impede que o próprio magistrado condutor do feito o suspenda, com base no art. 265 do CPC, até que o STF decida definitivamente a questão. Mas aí se terá uma suspensão pontual, fundada no caso concreto e passível de controle por via recursal.

3. PRÁTICA DE ATOS DURANTE A SUSPENSÃO DO PROCESSO

O art. 266 do CPC prescreve ser proibida a prática de qualquer ato processual durante a suspensão do processo, ressalvando a possibilidade de o magistrado determinar a realização de atos urgentes, para evitar dano irreparável.[38] *Atos urgentes* é designação genérica, que abrange as medidas cautelares e a tutela antecipada.[39]

A confusão quanto à natureza jurídica do ato processual praticado durante a suspensão do processo pode ser sintetizada na seguinte lição de Frederico Marques: "E como

37. MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 283.

38. Art. 266 do CPC: "Durante a suspensão é defeso praticar qualquer ato processual; poderá o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes, a fim de evitar dano irreparável".

39. MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 2, cit., p. 512.

a proibição do art. 266 é expressa e categórica, o ato seria inexistente, ou, pelo menos, destituído de qualquer eficácia ou validade, salvo tratando-se de atos urgentes...".[40] O ato processual praticado durante a suspensão é *inexistente*, *inválido* ou *ineficaz?*

Pontes de Miranda[41] e Egas Moniz de Aragão reputam-no *inexistente*, pois "falta o pressuposto da pendência da causa".[42] Sendo *inexistente*, não se lhe podem aplicar, por exemplo, as regras jurídicas dos arts. 243-250; é insuprível, "a realização posterior é *ex novo*, porque não se repete o que não é".[43]

Não parece tratar-se de ato juridicamente inexistente, até porque se trata de ato proibido e, pois, ilícito, portanto existente.

Talvez a melhor solução seja considerar que a prática de ato na pendência da suspensão do processo seja conduta ilícita que possa, eventualmente, causar a invalidação ou a simples ineficácia momentânea do ato processual que se realizou.

A conseqüência mais grave, como se percebe, é a invalidação do ato. Como foi demonstrado no capítulo dedicado ao estudo das invalidades processuais, o defeito do ato processual somente gera nulidade se houver prejuízo. Partindo da premissa de que a vedação à prática de atos processuais durante a paralisação do processo decorre da garantia do devido processo legal, sendo regra que dá efetividade à segurança jurídica e ao contraditório, só haverá invalidade se esses bens jurídicos forem afetados.

> Comentando o problema em relação ao inciso I do art. 265, eis a lição de Leonardo Greco: "O que importa é verificar se, em virtude do falecimento, deixou de ocorrer algum fato, deixou a parte de exercer alguma prerrogativa inerente ao seu direito de defesa, ou deixou de ser praticado algum ato relevante, que poderia ter sido praticado, porque, sendo o processo em uma relação jurídica em constante evolução, nem sempre por ocasião da morte o processo se encontrava em momento apto a que o falecido pudesse intervir ou praticar algum ato útil".[44]
>
> E arremata:
>
> "Suponhamos que a audiência tenha terminado, que o juiz tenha mandado que os autos lhe viessem conclusos para sentença e que, depois do término da audiência, mas antes da prolação da sentença, a parte veio a falecer. O fato não é de imediato levado ao conhecimento do juiz que, ignorando-o, dá a sentença. Essa sentença, por acaso, será nula ou ineficaz? Parece-me que não, porque nesse interregno entre a morte da parte e a sua comunicação ao juiz nenhum ato poderia ter sido praticado, seja pela parte, seja pelo seu procurador".[45]

40. MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil.* São Paulo: Saraiva, 1975, v. 3, p. 92.
41. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 460.
42. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 411.
43. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 460.
44. GRECO, Leonardo. "Suspensão do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1995, n. 80, p. 91.

Convém lembrar, porém, que só é permitido invalidar um ato processual se não for possível aproveitá-lo. Assim, mais comum e recomendável é retirar a eficácia do ato praticado durante o período de suspensão, mantendo-o, porém, incólume (sem invalidá-lo), reputando-o praticado "no exato momento em que findo o período de espera, economizando-se a atividade processual já despendida".[46] Excelente é o exemplo de Leonardo Greco: se a morte da parte ocorre antes da prolação da sentença, mas o tribunal somente dela teve conhecimento meses depois de publicada a decisão, não é caso de invalidá-la, mas, sim, de devolver aos sucessores o prazo recursal, como se a decisão tivesse sido publicada somente agora.[47]

> Perceba que se, no exemplo acima, a morte fosse posterior à prolação da sentença, indiscutivelmente não seria caso de invalidade, pois se trata de fato posterior à decisão. Conforme visto no capítulo sobre invalidades processuais, o exame da validade de um ato jurídico deve atentar para os seus requisitos *na data em que foi realizado.*
>
> A situação, inclusive, é regulada expressamente pelo art. 507 do CPC.[48]

45. GRECO, Leonardo. "Suspensão do processo", cit., p. 91.
46. MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil,* t. 2, cit., p. 512.
47. GRECO, Leonardo. "Suspensão do processo", cit., p. 92.
48. Art. 507 do CPC: "Se, durante o prazo para a interposição do recurso, sobrever o falecimento da parte ou de seu advogado, ou ocorrer motivo de força maior, que suspenda o curso do processo, será tal prazo restituído em proveito da parte, do herdeiro ou do sucessor, contra quem começará a correr novamente depois da intimação".

| Bibliografia |

BIBLIOGRAFIA

ABÍLIO NETO. *Código de processo civil anotado.* 16 ed. Lisboa: Ediforum, 2001.

AGUIAR, José Pestana. *Comentários ao código de processo civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 1977.

ALBERTON, Genacéia da Silva. "A desconsideração da pessoa jurídica no código do consumidor – Aspectos Processuais". Em: *Revista de Direito do Consumidor.* São Paulo: RT,. v. 7.

_____. *Assistência litisconsorcial.* São Paulo: RT, 1994.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. "Reflexões iniciais sobre um profundo equívoco legislativo – ou de como o art. 3º da Lei 11.280/06 subverteu de forma a técnica e desnecessária a estrutura da prescrição no direito brasileiro". *Revista de Direito Privado.* São Paulo: RT, 2006, n. 25.

ALCALA ZAMORA y CASTILHO, Niceto. *Proceso autocomposicion y autodefensa.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.

ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em processo civil.* Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: CEPC, 2002.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos sobre a ação civil pública.* São Paulo: RT, 2001.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil Comentado.* Ricardo Fiúza (coord.). São Paulo: Saraiva, 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *A parte geral do projeto de código civil brasileiro.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil.* São Paulo: RT, 1999. v.1.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Código de Processo Civil Reformado.* 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. *Teoria geral do processo.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALVIM, José Manoel Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil.* São Paulo: RT, 1990.

_____. *Manual de Direito Processual Civil.* 7 ed. São Paulo: RT, 2000. v. 1.

_____. *Código de Processo Civil Comentado.* São Paulo: RT, 1975, v. 1.

_____. *Código de Defesa do Consumidor Comentado.* 2 ed. São Paulo: RT, 1995.

_____. *Manual de direito processual civil.* 7 ed. São Paulo: RT, 2001, v. 2.

_____. *et alii. Código de Defesa do Consumidor Comentado.* 2 ed. São Paulo: RT, 1995.

_____. "A 'perpetuatio jurisdictionis' no Código de Processo Civil". Em: *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1976, n. 4".

_____. "Da prescrição intercorrente". *Prescrição no Código Civil – uma análise interdisciplinar.* 2 ed. Mirna Cianci (coord.). São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. "Dogmática jurídica e o Novo Código de Processo Civil". *Revista de Processo* São Paulo: RT, 1976.

_____. *Manual de Direito Processual Civil.* 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2.

_____. *Código de Processo Civil Comentado.* São Paulo: RT, 1975, v. 2.

ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada.* São Paulo: RT, 1977.

_____. *O direito processual de estar em juízo.* São Paulo: RT, 1996.

AMORIM FILHO, Agnelo. *"Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis". Revista dos Tribunais.* São Paulo: RT, 1997, n. 744.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* 2 ed. Lisboa: Almedina, 2001.

ANDRADE, Luis Antônio. *Aspectos e Inovações do Código de Processo Civil (processo de conhecimento).* Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1974.

ANGELOTTI, Dante. *Teoria generale del processo.* Roma: Libreria Forense, 1951.

ANNONI, Danielle. *A responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada.* Rio de Janeiro: Aide, 1992.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2.

_____. "Conexão e tríplice identidade". Em: *Revista AJURIS.* Porto Alegre: AJURIS, 1983. n. 28.

_____. "Preclusão". *Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

_____. "Hobbes, Montesquieu e a teoria da ação". Em: *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2002, n. 108, 09-22.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2.

_____. "Notas sobre o foro de eleição". Em: *Revista de Processo.* São Paulo: RT, n. 99.

_____. "Sobre o chamamento à autoria". Em: *Revista da AJURIS.* Porto Alegre: AJURIS, 1982.

ARAÚJO, Mauro Alves de. *Extinção do processo e saneamento.* São Paulo: Max Limonad, 1999.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Assistência e intervenção da União.* Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva.* São Paulo: RT, 2003.

_____. "O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes". In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 11.

_____. *Manual do processo de conhecimento.* São Paulo: RT, 2001.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1979.

_____. "Dos embargos de terceiro". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1991, n. 62.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença.* Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Cumulação de ações.* 4 ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. "Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade". Em: *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo.* São Paulo: RT, 2001.

_____. "Substituição processual". Em:*Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2003, n. 09.

_____. "Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória". Em: *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo.* São Paulo: RT, 2001.

_____. *Manual do processo de execução.* 7 ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. "Eficácia da coisa julgada inconstitucional". *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico.* Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2004.

_____. *Locação e despejo.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

ASSIS, Carlos Augusto de. *Antecipação da tutela.* São Paulo: Malheiros, 2001.

ÁVILA, Humberto. "Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'". *Interesses públicos versus interesses privados.* Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 5ª ed. São Paulo: Malheiros ED., 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermenêutica jurídica.* 8 ed. São Paulo: Livraria acadêmica, 1935.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil.* V. I, Tomo II. São Paulo: Forense, 1975.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. I.

BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. "Implicações do princípio dispositivo nos poderes instrutórios do juiz". Em: OLIVEIRA, C. A. Alvaro de (coord.). *Prova cível.* Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 23 dez. 2007.

_____. "Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro". *A nova interpretação constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório". *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas).* José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002.

_____. *Efetividade e técnica processual.* São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

_____. *Direito e processo.* 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

_____. *Poderes Instrutórios do Juiz.* 2 ed. São Paulo: RT, 1991.

_____. "Pressupostos processuais e condições da ação". Em: Justitia. São Paulo: s/ed. 1991.

_____. *Código de Processo Civil interpretado.* 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Código de Processo Civil Interpretado.* Antônio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004.

_____. "Nulidade processual e instrumentalidade do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1990.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BERNARDI, Lígia Maria. *O curador especial no Código de Processo Civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico.* Fernando de Miranda (trad.). Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t. 2

BINENBOJM, Gustavo. "Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo". *Interesses públicos versus interesses privados.* Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BOCHENEK, Antônio César. *Competência Cível da Justiça Federal e dos juizados especiais cíveis.* São Paulo: RT, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário.* 2 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1999.

BRAGA, Paula Sarno. *A responsabilidade processual de acordo com a lei federal n.° 10.358/2001 – A* contempt of court *à brasileira.* Monografia apresentada à Universidade (UNIFACS), para a conclusão do curso de bacharelado em direito. Salvador: 2002, texto que se encontra na Biblioteca da Faculdade de Direito desta Universidade.

_____. "Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência". *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 148.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRUNA, Sérgio Varela. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício.* São Paulo: RT, 1997.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático.* São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *O poder público em juízo.* São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Intervenção de terceiros: questões polêmicas.* 2 ed. São Paulo: CPC, 2002.

BULOW, Oskar. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.* Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

BUZAID, Alfredo. *Agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

CABRAL, Antonio do Passo. "Imparcialidade e Impartialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2007, n.149.

_____. "O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2005, n. 126.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil.* Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery (trad.). Campinas: Bookseller, 1999.

_____. "Appunti sulla sentenza come fatto giuridico". *Opere giuridiche – a cura di Mauro Cappelletti.* Napoli: Morano Editore, 1965, v. 1.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos.* 3 ed. São Paulo: RT, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil.* 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, v. I.

_____. *Lições de direito processual civil.* 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1.

_____. *Escritos de direito processual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. "Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua", Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br, consultado em 12.12. 2006, 06h30.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil.* São Paulo: RT, 2001.

_____. "Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo". *Processo e constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.* Luiz Fux, Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2006.

_____; NALIN, Paulo. "O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.* Coordenação de Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: RT, 2003.

CAMPILONGO, Celso. *Política, sistema jurídico e decisão judicial.* São Paulo: Max Limand, 2002.

CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição processual.* São Paulo: RT, 1985.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto (trad.). Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 6 ed. Lisboa: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. "Reflexões sobre a criatividade Jurisprudencial no Tempo presente". *Processo, ideologias e sociedade.* Elício de Cresci Sobrinho (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, v. 1.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo.* 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência.* 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. "O litisconsórcio facultativo ativo ulterior e os princípios do juiz natural e do devido processo legal". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1999, n. 96.

_____. *Intervenção de terceiros.*13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Prova Civil.* 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. *Instituições do Processo Civil.* São Paulo: Classicbook, 2000, v. 1, § 106.

_____. *Teoria geral do direito.* Antônio Carlos Ferreira (trad.). São Paulo: LEJUS, 1999.

_____. "Profilo dei raporti tra diritto e processo". *Rivista di Diritto Processuale,* 1960, v. 35, n.4.

_____. *Derecho y proceso.* Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1971.

_____. *Instituições do processo civil.* São Paulo: Classic Book, 2000, v. 2.

_____. *Sistema de direito processual civil.* Hiltomar Martins Oliveira (trad.) São Paulo: Classicbook, 2000, v. 2.

CARVALHO, Daniel Luz Martins de. *Reflexos do Código Civil de 2002 no regime jurídico das intervenções de terceiro.* Monografia apresentada à Universidade (UNIFACS), para a conclusão do curso de bacharelado em direito. Salvador: 2004, texto que se encontra na Biblioteca da Faculdade de Direito desta Universidade.

_____; CARVALHO, Manuela Ghissoni de. "A intervenção de terceiro em ação direta da vítima contra o segurador e o art. 788 do código civil – uma proposta de interpretação". *Reflexos do Código Civil No Direito Processual.* Rodrigo Mazzei e Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2006.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Pressupostos processuais: uma proposta de revisão metodológica.* Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife: s/ed., 2003.

CARVALHO, Vladimir Souza. *Competência da Justiça Federal.* 5 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

_____. *Ação declaratória.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CARVALHO JR., Pedro Lino. "Da solidariedade da obrigação alimentar em favor do idoso". *Leituras complementares de Direito Civil.* Cristiano Chaves de Farias (coord.). Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2007, p. 293.

CASSETARI, Cristiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública.* São Paulo: Método, 2007.

CASTANHEIRA NEVES. *Questão de facto – questão de direito.* Coimbra: Almedina, 1967.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estúdios de teoria general e historia del proceso (1945-1972).* México: UNAM, 1974, t. 1.

CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 1974, v. 8.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil.* Campinas: Bookseller, 1998. v. 2.

_____. "Cosa Juzgada y preclusión". Santiago Sentís Melendo (trad.). Ensayos de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: EJEA, 1949, v. 3.

_____. *Principios de Derecho procesal civil.* Jose Casais y Santaló (trad.). Madrid: Reus, 2000, t. 1.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Chamamento à autoria.* São Paulo: RT, 1973.

_____. "Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro". *Revista dos Tribunais.* São Paulo: RT, 1972, n. 438.

_____; DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo.* 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 20 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro — Comentários à Lei 8.884/94.* São Paulo: Saraiva, 1995.

COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Conrado, TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile.* 2 ed. Bologna: Mulino, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. "Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade". Em: *A questão agrária e a justiça.* Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral.* Coimbra: Almedina, 2005, t. 4, n. 79.

_____. *Da boa-fé no direito cível.* 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa 'in agendo'.* Coimbra: Almedina, 2006.

COSTA, Moacyr Lobo da. *A intervenção iussu iudicis no processo civil brasileiro.* São Paulo: s/ed., 1961.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil.* Campinas: RedLivros, 1999.

_____. *Fundamentos do Direito Processual Civil.* Campinas: RED Livros, 1999.

CRUZ, João Claudino de Oliveira. Dos recursos no Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. "Anotações sobre a desistência da ação". Em: *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2003, n. 3.

_____. "Algumas regras do Novo Código Civil e sua repercussão no Processo – prescrição, decadência etc." *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2003, n. 5.

_____. *Interesse de agir na ação declaratória.* Curitiba: Juruá, 2002.

_____. "Intervenção anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997". Em: *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

_____. *A fazenda pública em juízo.* 3 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. "Algumas regras do Novo Código Civil e sua repercussão no processo: prescrição, decadência etc." *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2003.

CUNHA JR., Dirley da. "A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do amicus curiae na ADIN, ADC e ADPF". Em: *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

CURI, Izabela Rucker. "Considerações sobre a assistência e a provocação do terceiro para intervir no feito". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

DALL'AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais.* Porto Alegre: LEJUR, 1989.

_____. "Por um conceito de irregularidade processual". Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). *Saneamento do processo - Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *O princípio do promotor natural.* Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2004.

DEL PRA, Carlos. "Breves considerações sobre o amicus curiae na ADIN e sua legitimidade recursal". Em: *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

DELGADO, José Augusto. "Sujeitos do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1983, n. 30.

DEMARCHI, Juliana. "Ato processual juridicamente inexistente ¾ mecanismos predispostos pelo sistema para a declaração da inexistência jurídica". Em: *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2004, n. 13.

DEMO, Roberto Luis Luchi. "Assistência judiciária gratuita". Em: Revista da Ajuris. Porto Alegre: AJURIS, n. 83.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DIAS, Jean Carlos. "A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro – Lei n. 11.277". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2006, n. 37.

DIAS, Ronaldo Bretãs C. *Fraude no processo civil.* Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DIDIER JR., Fredie. "Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica". *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual.* Rodrigo Mazzei e Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2007.

_____. "Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto". Em: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2000, n. 351, p. 65-82.

_____. "Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento". Em: Revista da AJURIS. Porto Alegre: 2001, v. 83; Gênesis – Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 2001, n. 21, p. 530-541; Revista dos Mestrandos em Direito Econômico da UFBA, 2001, 09/226-238.

_____. "Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, § 2º, do CPC, com o art. 1.482 do CC/2002". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, ano 32, v. 146, 2007.

_____. *A nova reforma processual.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação.* São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Regras processuais no Novo Código Civil.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. "Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade)". *Ações constitucionais.* Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2006.

_____; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo – panorama doutrinário mundial.* Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2008.

_____; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova etapa da reforma processual.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____; OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da justiça gratuita – aspectos processuais.* 3.ed. Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Electa uma via non datur regressus ad alteram.* Fundamentos do Processo Civil Moderno. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. II.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. III.

_____. *Litisconsórcio.* 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Capítulos de sentença.* São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

_____. *Os gêneros do processo e o objeto da causa.* Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 1996, v. 2.

_____. *Execução civil.* 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *A instrumentalidade do processo.* 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil.* 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Instrumentalidade do Processo.* 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. "Declaração ex-officio da incompetência relativa?" *Fundamentos do Processo Civil moderno.* 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000, t. 1.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros Ed., 2004, t. 4

DINAMARCO, Pedro. *Ação civil pública.* São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Código de Processo Civil Comentado.* Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004.

DINIZ, Sousa. *Código Civil Alemão.* Rio de Janeiro: Record Editora, 1960.

DUARTE, Ronnie Preuss. "Litisconsórcios alternativo e subsidiário no processo civil brasileiro". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2007, n. 147.

ECHANDÍA, Devis. *Teoría general del proceso.* 3 ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, s/a.

ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. *Derecho civil (parte general).* 2 ed. Tradução da 39 ed. alemã feita por Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1950, v. 2.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Código de Processo Civil do Estado da Bahia Anotado.* Bahia: Romualdo dos Santos Livreiro Editor, 1916. v. 1.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção 'imprópria' do processo e recurso cabível". Em: *Ensaios de direito processual.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. "A prejudicialidade de direito Comunitário nos Tribunais Supranacionais". Em: *Ensaios de direito processual.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. "Extinção do Processo e Mérito da Causa". Em: *Saneamento do processo – Estudos em homenagem a Galeno Lacerda.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989, p. 15- 57; *Ensaios de direito processual.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 363-402.

_____. "Réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória". Em: *Ensaios de direito processual.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *A ação declaratória incidental.* Rio de Janeiro: Forense, 1976.

FAGUNDES, M. Seabra. Dos recursos ordinários em matéria civil. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

FARIAS, Cristiano Chaves de. "Investigação de paternidade". Em: *Procedimentos especiais Cíveis – legislação extravagante.* Fredie Didier Jr. e Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. "Audiência preliminar no processo civil moderno". Em: *A segunda etapa da reforma processual.* Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr. (coords.). São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Direito Civil – teoria geral.* 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. "A atividade processual do curador especial e a defesa do revel citado fictamente (garantia do contraditório)". *Revista de Direito Processual Civil.* Curitiba: Gênesis, 2001, n. 19.

_____. *O novo procedimento da separação e do divórcio (de acordo com a Lei n. 11.441/07).* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil – parte geral.* 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale.* 8 ed. Milão: CEDAM, 1996.

_____. "Processo. Teoria generale". (verbete) *Novíssimo Digesto Italiano*, v. 13.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade.* São Paulo: RT, 1988.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *Aspectos processuais do novo código civil.* Disponível em <http://www.amaerj.org.br/noticiasespecial6.htm> Acesso em 27.12.2004.

FERRAJIOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo penal.* São Paulo: RT, 2002.

FERRAZ, Sérgio. *Assistência Litisconsorcial no Direito Processual Civil.* São Paulo: RT, 1979.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução do Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação.* São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Cristiane Catarine de Oliveira. "Visão atual do princípio do juiz natural." Em: *Processo e constituição.* Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERREIRA, William Santos. "Procedimentos na lei do inquilinato: ação revisional e renovatória de aluguel". *Procedimentos especiais cíveis – legislação extravagante.* Fredie Didier Jr. e Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. "Situação jurídica no processo do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros dos sucessores no caso de falecimento da parte diante do Novo Código Civil". *Leituras complementares de Processo civil.* 5ª ed. Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2007.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2001, vol. IV, tomo II.

_____. *Liminares nas ações possessórias.* 2 ed. São Paulo: RT, 1999.

FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FORNACIARI JR., Clito. *Da reconvenção no Direito Processual Civil Brasileiro.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência.* São Paulo: Malheiros, 1996.

FRANCO, André, CATALAN, Marcos. "Separação e divórcio na esfera extrajudicial – faculdade ou dever das partes?". *Separação, divórcio, Partilhas e inventários extrajudiciais – questionamentos sobre a Lei 11.441/2007.* Antônio Carlos Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado (coord.). São Paulo: Método, 2007.

FREIRE, Homero. *Litisconsórcio necessário ativo.* Recife: Livraria Literatura Jurídica Internacional, 1954.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação – enfoque sobre o interesse de agir.* 2 ed. São Paulo: RT, 2001.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (Fundamentos da tutela antecipada).* São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Intervenção de terceiros.* São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Curso de Direito Processual Civil.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2002, v. II.

_____. *Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral.* São Paulo: Saraiva, 2003, v. I.

_____. *Novo Curso de Direito Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005, v. 4, t. 1.

GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental.* São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, José Antonio Tomé. *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinários.* Madri: Montecorvo, 1987.

GIANESINI, Rita. "Da recorribilidade do 'cite-se'. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais.* v. 4. São Paulo: RT, 2001.

GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2005.

GIDI, Antônio. "Código de Processo Civil coletivo. Um modelo para países de direito escrito". Em: *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2003, n. 111.

_____. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas.* São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2003, n. 108.

GODINHO, Robson Renault. *O Ministério Público como substituto processual no processo civil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. "Ministério Público e assistência: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

GÓES, Gisele. "A prescrição e a Lei n. 11.280/06". *A nova reforma processual.* Gustavo Santana Nogueira (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Princípio da proporcionalidade no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2004.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil.* Campinas: Bookseller, 2003, t. 1.

_____. *Principios generales del proceso.* Buenos Aires: EJEA, 1961, t. 1.

_____. *Princípios generales del proceso.* Buenos Aires: EJEA, 1961, 2v

GOMES, Orlando.*Obrigações.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

_____. *Introdução ao Direito Civil.* 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal.* São Paulo: RT, 1997.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Da denunciação da lide.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Nulidades no processo.* Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993.

_____. *Técnica processual e teoria do processo.* Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002.* São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Direito civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2005, v. 6.

GONÇALVES, Graziela Marisa. "As sentenças determinativas e o juiz". *Função do Direito Privado no atual momento histórico.* Coordenação de Rosa Nery. São Paulo: RT, 2006.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil.* São Paulo: Max Limonad, s/a. v. XIV. T.1.

_____. *Tratado de Direito Civil.* 2 ed. portuguesa e 1 ed. brasileira. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 3, t. 2.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil.* São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Wliiam Couto. *Intervenção de terceiros.* Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. "El 'neoprocesalismo'". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal.* Buenos Aires: Instituto Ibero-americano de Direito Processual, 2006, ano VI, n. 9, p. 227-244.

GRANDA, Piedad González. *El litisconsórcio necesario en el proceso civil.* Granada: Editorial Comares, 1996.

GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real". Em: *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2003, n. 06, p. 47-59.

GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil.* São Paulo: Dialética, 2003.

_____. "Concurso e cumulação de ações". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2007, n. 147.

_____. *Jurisdição voluntária moderna.* São Paulo: Dialética, 2003, p. 45.

_____. "Suspensão do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1995.

_____. *O processo de execução.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1.

_____. "Suspensão do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1995, n. 80.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro.* 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v.2.

_____. *Direito processual civil brasileiro.* 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

_____. *Intervenção de terceiros.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Direito Processual Civil brasileiro.* 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações concorrentes — Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato,* in LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 238-243.

_____. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil.* São Paulo: Bushatsky, 1975.

_____. "Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada". Em: *Revista Forense.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, n. 361.

_____. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* 5 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

_____. "Ação civil pública em matéria ambiental e denunciação da lide". Em: *Revista de processo.* São Paulo: RT, 2002.

_____, FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães.

As nulidades do processo penal. 6 ed. São Paulo: RT, 1999.

GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar.* São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.* São Paulo: RT, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Eficácia ultra-subjetiva da sentença, litisconsórcio necessário e princípio do contraditório". Em: *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1996, n. 84.

_____. "Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública." Em: *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1996, n. 82.

_____. *Teoria da Ciência Jurídica.* São Paulo: Saraiva, 2001.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUIMARÃES, Flávia Lefrèvre. *Desconsideração da personalidade jurídica no Código do Consumidor – Aspectos Processuais.* São Paulo: Max Limonad, 1998.

GUIMARÃES, Luiz Machado. "Carência de ação". Em: *Estudos de direito processual civil.* Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969.

_____. "As três figuras do litisconsórcio". Em: *Estudos de Direito Processual Civil.* Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969.

_____. *Estudos de Direito Processual.* Rio de Janeiro/São Paulo: Jurídica Universitária, 1969.

HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional – a instrumentalidade substancial das formas.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JOBIM, Nelson. "A sentença e a preterição de litisconsorte necessário". *Revista da AJURIS.* Porto Alegre: AJURIS, 1983.

JORGE, Flávio Cheim. *Chamamento ao processo.* 2 ed. São Paulo: RT, 1999.

JORGE, Mário Helton. *Da denunciação da lide no Código de Defesa do Consumidor.* Em: *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2002. n. 108

JUNOY, Joan Pico i. "El debido proceso 'leal'". *Revista Peruana de Derecho Procesal.* Lima: Palestra, 2006, v. 9.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil.* São Paulo: RT, 1991.

LACERDA, Galeno. *O Código como Sistema legal de Adequação do Processo.* Em: Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário. Porto Alegre, 1976.

_____. *Despacho saneador.* Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953.

LAMBAUER, Mathias. *Do litisconsórcio necessário.* São Paulo: Saraiva, 1982.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo – primeiros estudos.* Porto Alegre: Síntese, 1999.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública.* São Paulo: RT, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. "Objeto litigioso e duplo grau de jurisdição". *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas).* José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque (coord.), São Paulo: RT, 2002.

_____. *Objeto litigioso e direito superveniente no processo civil.* Tese de Doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Manual de Direito Processual Civil.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. "O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito". Em: *Revista Forense.* Rio de Janeiro: Forense, n. 104.

LIMA, Alcides de Mendonça. Abuso do direito de demandar. *Revista de processo.* São Paulo, n. 19, 1980.

LIMA, Pires de e VARELA, João de Matos Antunes. *Código Civil Anotado.* 4 ed. Coimbra: Almedina, 1987.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. "Exceção de suspeição de magistrado: tutela provisória e efeitos (extrínsecos e intrínsecos) do julgamento do incidente". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2007, n. 48, p. 108.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado.* São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI.

_____. "Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária". *Revista Brasileira de Direito de Família.* Porto Alegre: Síntese, 2003, n. 19.

LOPES, João Batista. "Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional". Em: *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1984.

_____. "Breves considerações sobre o instituto da preclusão". *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, n. 23.

LUHMAN, Niklas. "A posição dos tribunais no sistema jurídico." *Revista da AJURIS.* Porto Alegre: AJURIS, 1990.

_____. *El derecho de la sociedad.* México: Universidad Iberoamericana, 2002.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil brasileiro.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MACHADO, Fábio Cardoso e AMARAL, Guilherme Rizzo. *Polêmicas sobre a ação.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MACIEL, Adhemar Ferreira. "Mandado de Segurança – Direito Líquido e Certo". Em: *Revista de Processo.* RT: São Paulo, 1998.

MALACHINI, Edson Ribas. "Da Conversibilidade de um Processo em Outro, por Emenda à Petição Inicial". Em: *Jurisprudência Brasileira.* 163/36-43.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública.* 8 ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Ação Popular.* 4 ed. São Paulo: RT, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica.* São Paulo: RT, 2000.

_____. *Curso de processo civil: teoria geral do processo.* São Paulo: RT, 2006, v. 1.

_____. *Tutela inibitória.* São Paulo: RT, 1999.

_____. *Novas linhas do processo civil.* 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos.* São Paulo: RT, 2004.

_____. "O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais". Em: *Revista de Direito Processual Civil.* Curitiba: Gênesis, 2003.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 2005, t. 1.

_____. "O julgamento liminar das ações repetitivas e a súmula impeditiva de recurso (Leis 11.276 e 11.277, de 8.2.06)". Disponível em: www.professor-marinoni.com.br, consultado em 18.04.2006, às 15h10.

_____. *Teoria Geral do Processo.* São Paulo: RT, 2006.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento.* 3 ed. São Paulo: RT, 2004.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo.* São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil.* São Paulo: Saraiva, 1975, v. 3.

_____. *Ensaios sobre a Jurisdição Voluntária.* 1 ed. Campinas: Millenium, 2000.

MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas.* São Paulo: RT, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade.* São Paulo: Saraiva, 2001.

MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. *A prova do fato jurídico no Código Civil: subsídios para análise dos artigos 230, 231 e 232".* Monografia apresentada para a conclusão do curso de bacharelado em Direito na Universidade Salvador. Salvador, 2005.

MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. *Assistência simples no direito processual civil.* São Paulo: RT, 1983.

MAZZEI, Rodrigo. "O manejo dos declaratórios pelo terceiro prejudicado.". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

_____. "O Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais". *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual.* Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2006.

_____. *Reforma do CPC.* São Paulo: RT, 2006.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEDEIROS, Maria Lúcia. "O inciso XIV do art. 93 da CF". *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004.* Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coord.). São Paulo: RT, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. "Litisconsórcio ativo necessário". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1997.

MELENDO, Santiago Sentis. *Estúdios de derecho procesal.* Buenos Aires: EJEA, 1967, t. 1.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência.* 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Teoria do fato jurídico - plano da validade.* 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. "Achegas para uma teoria das capacidades em direito". Em: *Revista de Direito Privado.* São Paulo: RT, 2001, n. 03.

_____. *Teoria do fato jurídico.* 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Teoria do Fato Jurídico.* Plano de Existência. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Aluísio Gonçalves. *Competência cível da justiça federal.* São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Ações coletivas no direito comparado e nacional.* São Paulo: RT, 2002.

MENDES, Conrado Hübner. "Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo Parâmetros de Discussão". *Direito Administrativo Econômico.* Carlos Ari Sundfeld (coord.) São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Lei 9868/99: processo e julgamento da ação direta de constitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.* Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=130>. Acesso em 02.11.2001.

MENDONÇA JR., Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro.* São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

MILMAN, Fábio. *Improbidade processual.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 1.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 2.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 6.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 11.

_____. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. 5.

_____. *Tratado da ação rescisória.* Campinas: Bookseller, 1998.

_____. *Tratado das ações.* Campinas: Bookseller, 1999, 7v.

_____. *Tratado de direito privado.* 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t. 1.

_____. *Tratado de direito privado.* 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t. 2.

_____. *Tratado de direito privado.* 4 ed. São Paulo: RT, 1984, t. 4.

_____. *Tratado de direito privado.* 4 ed. São Paulo: RT, 1984, t. 6.

_____. *Tratado de direito privado.* 3 ed. São Paulo: RT, 1984, t. 22.

MITIDIERO, Daniel. "Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo". Tese de doutoramento. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.

_____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. "O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro". *Revista de Direito Processual Civil.* Curitiba: Gênesis, 2005, n. 35.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Memória Jurídica, 2004, t. 1.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 2.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, Ezequiel. "O procedimento extrajudicial previsto na Lei 11.441/2007, para as hipóteses de que trata, é obrigatório ou facultativo? Poderão ou deverão?". *Separação, divórcio, Partilhas e inventários extrajudiciais – questionamentos sobre a Lei 11.441/2007.* Antônio Carlos Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado (coord.). São Paulo: Método, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Breves observações sobre a execução de sentença estrangeira à luz das recentes reformas do CPC". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2006, n. 138.

_____. "A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro". *Temas de direito processual.* São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. "Convenções das partes sobre matéria processual". *Temas de direito processual – terceira série.* São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. "Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente". Em:*Direito processual civil (ensaios e pareceres).* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. "Notas sobre o problema da efetividade do processo". *Temas de direito processual civil – terceira série.* São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. "Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária". Em: *Revista dos Tribunais.* São Paulo: RT, 1969, n. 404.

_____. "Reconhecimento do pedido". Em: *Direito processual civil – ensaios e pareceres.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. "Recurso especial. Exame de questão de inconstitucionalidade de lei pelo Superior Tribunal de Justiça. Recurso extraordinário interposto sob condição". Em: *Direito Aplicado II.* Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. "Ação declaratória e interesse". Em: *Direito processual civil (ensaios e pareceres).* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. *O Novo Processo Civil Brasileiro.* 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *O novo processo civil brasileiro.* 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. "Quanti minoris". Em: *Direito processual civil (ensaios e pareceres).* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. "Aspectos da 'extinção do processo' conforme o art. 329 CPC". Em: *Temas de direito processual – quinta série.* São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. "A tutela específica do credor nas obrigações negativas". Em: *Temas de direito processual.* 2a. série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5.

_____. "Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória". Em: *Temas de direito processual – quarta série.* São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. "Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo". Em: *Temas de direito processual civil.* 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. "Questões prejudiciais e questões preliminares". Em: *Direito processual civil – ensaios e pareceres.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. "Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo". Em: *Temas de direito processual civil – segunda série.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. "Sobre pressupostos processuais". Em: *Temas de direito processual – quarta série.* São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. "Legitimação para agir. Indeferimento de petição inicial". Em: *Temas de Direito Processual – primeira série.* São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. "Processo civil e processo penal: mão e contramão?". Em: *Temas de direito processual – sétima série.* São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. "Reformas processuais e poderes do juiz". Em: *Temas de direito processual – 8ª série.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. "Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão". Em: *Temas de direito processual – 8ª série.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. "Direitos difusos e coletivos". Em: *Revista Trimestral de direito público.* São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. "Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa?" Em: *Temas de direito processual – 5ª série.* São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção.* São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. "Conflito positivo e litispendência". Em: *Temas de direito processual – Segunda Série.* São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. "Eficácia da sentença de interdição por alienação mental". *Temas de Direito Processual – Quarta série.* São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. "Sobre os pressupostos processuais". *Temas de Direito Processual – Quarta série.* São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. "O litisconsórcio e seu duplo regime". Em: *Direito processual civil.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. *Litisconsórcio unitário.* Rio de Janeiro: Forense, 1972.

_____. *Estudos sobre o novo código de processo civil.* Rio de Janeiro: Líber Júris, 1974.

_____. "Intervenção litisconsorcial voluntária". Em: *Direito processual civil (ensaios e pareceres).* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. "A expressão "competência funcional" no art 2º da Lei da Ação Civil Pública". Em: *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios.* Èdis Milaré (coord.). São Paulo: RT, 2005.

_____. "A competência como questão preliminar e como questão de mérito". *Temas de direito processual – 4ª. Série.* São Paulo: Saraiva, 1989

_____. "Invalidade e ineficácia do negócio jurídico". *Revista de Direito Privado.* São Paulo: RT, 2003.

_____. "Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil". *Temas de direito processual.* São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Novo processo civil brasileiro.* 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOURA, Mário de Assis. *Da intervenção de terceiros.* São Paulo: Saraiva, 1932.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. "Coisa julgada, condições da ação e a impossibilidade de repropositura da demanda". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2004, n. 17.

_____. *Ensaio sobre a coisa julgada civil (sem abranger as ações coletivas).* Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

MOUTA, José Henrique. "Processos repetidos e os poderes do magistrado diante da Lei 11.277/06. Observações e críticas". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2006, n. 37.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.* 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.* 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY JR, Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos.* 4 ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* 5 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

_____. *Intervenção do Ministério Público no processo civil.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal.* São Paulo: RT, 1999.

_____. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos.* 5 ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. "Impedimento e suspeição de conselheiro do Cade no processo administrativo da concorrência". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2000, n. 100.

NERY JR., Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 8 ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 7 ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante.* 9 ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.* 3 ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual extravagante em vigor.* 4 ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.* 6 ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor.* 5 ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor.* 6 ed. São Paulo: RT, 2002.

NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil.* São Paulo: Forense, 1995.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz.* São Paulo: Método, 2004.

_____. Ações probatórias autônomas. Tese de doutoramento. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *A ação de direito material em face do direito fundamental à jurisdição.* Dissertação de mestrado. Universidade Federal das Alagoas, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. "Preclusão como fator de estruturação do procedimento". *Estudos Continuados de Teoria do Processo.* Rosemiro Pereira Leal (coord). Síntese: Porto Alegre, 2004, v. 4.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *"Efetividade e processo de conhecimento".* Em: *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1999, n. 96.

_____. "Garantia do Contraditório". Em: *Garantias Constitucionais do Processo Civil.*. São Paulo: RT, 1999.

_____. "Poderes do juiz e visão cooperativa do processo". Em: *Revista de Direito Processual Civil.* Curitiba: Gênesis, 2003.

_____. *Alienação da coisa litigiosa.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. "O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2006, n. 137.

_____. "O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais". *Revista de Direito Processual Civil.* Curitiba: Gênesis, 2002, n. 26, p. 653-664.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. "Condições da Ação: a possibilidade jurídica do pedido". Em: *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1987, n. 46.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial.* São Paulo: RT, 2002.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. "A arbitragem e as parcerias público-privadas". Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005 GUSTAVO%20 JUSTINO.pdf.

OLIVEIRA NETO, Cândido de. *"Carência de Ação".* Em: *Revista Forense.* Rio de Janeiro: Forense, 1948, n. 115, p. 66-75.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão por prejudicialidade.* São Paulo: RT, 1994.

PACHECO, José da Silva. *Tratado das locações, ações de despejo e outras.* 11 ed. revista e ampl. São Paulo: RT, 2000.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8 edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. III.

_____. Comentários ao Código de Processo Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 1984, v. X.

_____. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data — Constituição e Processo.* São Paulo: Forense, 1991.

_____. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *A Ação no Direito Processual Civil Brasileiro.* Salvador: Imprensa Oficial da Bahia, 1960.

_____. "Instrumentalidade do processo e devido processo legal". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2001.

_____. "Denunciação da lide". Em: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1979.

PAULA, Daniel Giotti de. "Aplicação do CPC e dos princípios processuais nos processos junto ao CADE". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2007, n. 55.

PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. "A Transação no Curso da Ação Civil Pública". Em: *Revista de Direito do Consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, n. 16.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. "A criação de um novo estado civil no direito brasileiro para a união estável". *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões. Série Grandes Temas de Direito Privado.* Mario Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves (coord.). São Paulo: Método, 2005, v. 3.

PERRINI, Raquel Fernandez. *Competências da Justiça Federal Comum.* São Paulo: Saraiva, 2001.

PESSOA, Valton. *Transação extrajudicial nas relações individuais de trabalho.* São Paulo: LTr, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile.* 4 ed. Napoli: Jovene Editore, 2002.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil.* São Paulo: RT, 2003.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações.* Campinas: Servanda, 2002.

REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil.* São Paulo: RT, 2003.

REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas na prova.* São Paulo: RT, 1985.

RESTIFFE NETO, Paulo, e RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Locação – questões processuais.* 4 ed. São Paulo: RT, 2000.

REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de direito processual civil.* 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

ROCCO, Ugo. *Tratado di Diritto Procesuale Civile.* Torino: Unione Tipográfico Editrice Torinense, 1957, v. 2.

ROCHA, José Albuquerque. *Teoria Geral do Processo.* 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Teoria geral do processo.* 8 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RODRIGUES, Geisa. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta – teoria e prática.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente.* São Paulo: Forense Universitária, 2003.

_____. *Elementos de direito processual civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações.* 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUES NETO, Nelson. "A figura do estipulante na ação direta da vítima no seguro obrigatório de responsabilidade civil". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil.* Fredie Didier JR. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955, t. I.

_____. *Tratado de derecho procesal civil.* Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955, t. II.

_____. *La carga de la prueba.* 2 ed. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2002.

ROSENVALD, Nelson. "Prescrição: da exceção à objeção". *Leituras complementares de Direito Civil.* Cristiano Chaves de Farias (org.). Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2007.

_____. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005.

RÚA, Fernando de La. *Teoría general del proceso.* Buenos Aires: Depalma, 1991.

SALAZAR, Rodrigo. "Hipótese de denunciação da lide do art. 70, I, do CPC: análise do art. 456 do novo CC. Possibilidade de denunciação per saltum?". Em: Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil. Fredie Didier JR. e Teressa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

_____. *Denunciação da lide como meio de efetivação processual. Limites exegéticos.* Monografia de final de curso apresentada à Faculdade Jorge Amado/*Jus*PODIVM. Salvador.

SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de bens móveis e imóveis.* 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SAMPAIO Jr., José Herval. *Processo constitucional – nova concepção de jurisdição.* São Paulo: Método, 2008.

SANCHES, Sidney. *Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1984.

_____. "Objeto do processo e objeto litigioso do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1979, n. 13

SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado.* 14 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, v. 3.

_____. *Código de Processo Civil Interpretado.* 7 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, s/a, v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil.* 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2.

_____. *Da reconvenção no direito brasileiro.* São Paulo: Max Limonad, 1958.

SANTOS, Nelton dos. *Código de Processo Civil Interpretado.* Antônio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004.

SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; _____. (org.) Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. "A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil". *Leituras complementares de processo civil.* 5 ed. Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil.* Buenos Aires: EJEA, 1968.

SEVERO NETO, Manoel. *Substituição processual.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil.* São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação.* São Paulo: Paulistanajur, 2004.

SILVA, Nelson Finotti. "A intervenção de terceiros sob a luz do art. 1.698 do Novo CC e o Estatuto do Idoso". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2005, n. 119, p. 292.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2000. v.I.

_____. *Curso de Processo civil.* 5 ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1.

_____. *Sentença e coisa julgada.* 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Paula Costa e. *A transmissão da coisa ou direito em litígio. Contributo para o estudo da substituição processual.* Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

_____. *Acto e Processo.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Novo Código Civil Comentado.* São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares.* São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

SOUSA, Miguel Teixeira e. "Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1991, n. 63.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação recisória.* 2 ed. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2001.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória.* São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

STANDER, Célia e MALTA, Elisa. "A coisa julgada nas ações civis públicas e a Lei 9.494/97". Em:*Revista LTR.* São Paulo: LTR, n. 62.

STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. "Apontamentos sobre o princípio da proporcionalidade-igualdade". *Revista Trimestral de Direito Civil.*, vol. 5. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não-fazer.* São Paulo: RT, 2001.

_____. "A prova emprestada no processo civil ou penal". Em: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1998. n. 91.

_____. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 29.

_____. "Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

TAVARES, André Ramos. Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88 – (Des)estruturando a Justiça. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades do processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. "Preclusão *pro judicato* não significa preclusão para o juiz". Disponível em http:// www.tex.pro.br/, consultado em 24.09.2007, às 17h30.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. "Pressupostos Processuais, Condições da Ação e Mérito da Causa". Em: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1980, n. 17.

_____. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2.

_____. "O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual". *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (coord.). Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2006.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

_____. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. "Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho". *Reflexos do Novo Código Civil na legislação processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (coord.) Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2006.

THUR, A. Von. *Tratado de las obligaciones*. 1ª ed. (reimp.). W. Roces (trad.). Madrid: Editorial Reus, 1999, t. 1.

TJÄDER, Ricardo Luiz da Costa. *Cumulação eventual de pedidos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TORNAGHI , Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 1976, v. 1, t. 2.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 1978, v. 2.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). Teoria dos direitos fundamentais. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. "Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos". Em: *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Desistência da ação*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. "Garantia do processo sem dilações indevidas".Em: *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

_____. "Considerações acerca da inadmissibilidade de uma Teoria Geral do Processo". *Revista Jurídica*, n. 281, março de 2001.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 1996.

TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

VENTURI, Elton. *"Sobre a intervenção individual nas ações coletivas"*. Em: *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*. 6 ed. Napoli: Jovene, 2002.

VIANA, Marco Aurélio. *Comentários ao código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XVI.

VICENZI, Brunela Vieira de. "Competência Funcional – Distorções". Em: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

VIDIGAL, Luis Eulálio Bueno de. "Por que unificar o direito processual?". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1982, n. 27.

VIGLIAR, José Marcelo. *Ação Civil Pública*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. "Ação Civil Pública ou ação coletiva?". Em: Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 *anos*. Edis Milaré (coord.). São Paulo: RT, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 1999, v. I.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 4 ed. São Paulo: RT, 1998.

_____. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1996.

WAMBIER, Teresa e WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à 2a. fase da Reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 5 ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. "Fungibilidade de 'meios': uma outra dimensão do princípio da fungibilidade". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais.* Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.) São Paulo: RT, 2001.

_____. *Os agravos no CPC brasileiro.* 3 ed. São Paulo: RT, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil.* São Paulo: RT, 1987.

_____. "Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)". *Reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Controle Jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais.* São Paulo: RT, 1980.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade.* São Paulo: Malheiros Ed., 1993.

_____."Tutela jurisdicional meramente declaratória". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1994, n. 76.

_____. *Tutela Jurisdicional.* São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Competência no Estatuto do Idoso. (Lei n. 10.741/2003).* Disponível na Internet: http:// www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 29.12.2004.

_____. "Três temas de direito processual no âmbito do direito das obrigações e dos contratos". *O Código Civil e sua interdisciplinaridade – os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito.* José Geraldo Brito Filomeno, Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior e Renato Afonso Gonçalves (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Ação rescisória.* São Paulo: Malheiros, 2005.

ZANETI JR., Hermes. *Mandado de segurança coletivo. Aspectos processuais controversos.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

_____. "Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. "Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual)". *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito material e processo.* Organização de Guilherme Rizzo Amaral e Fábio Cardoso Machado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ZANNONI, Eduardo A. *Ineficácia y nulidad de los actos jurídicos.* 3ª. reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004.

ZAVASCKI, Teori Abino. *Antecipação da Tutela.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8.

_____. "Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados". *Leituras complementares de processo civil.* 3 ed. Salvador: Edições *Jus*PODIVM. 2005.

ZOLLINGER, Marcia. *Proteção processual dos direitos fundamentais.* Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2006.